

UNIVERSITÉ DE FRANCE, FACULTÉ DE CAEN

DROIT ROMAIN
DE LA DOT PROFECTICE

DROIT FRANÇAIS
DU RETOUR LÉGAL DE L'ASCENDANT DONATEUR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Vendredi 29 Juin 1894, à 3 h. 1/2 du soir

PAR

VICTOR BOMBART

JURY DE LA THÈSE

Président : M. CAREL, professeur.

Suffragants { MM. LAISNÉ DES HAYES, professeur.
MARIE, professeur.
AMBROISE COLIN, agrégé.

DOUAI

Imprimerie typographique et lithographique DELATTRE et GOULOIS, rue du Palais, 38 et 40

—
1894

UNIVERSITÉ DE FRANCE, FACULTÉ DE CAEN

DROIT ROMAIN
DE LA DOT PROFECTICE

DROIT FRANÇAIS
DU RETOUR LÉGAL DE L'ASCENDANT DONATEUR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Vendredi 29 Juin 1894, à 3 h. 1/2 du soir

PAR

VICTOR BOMBART

JURY DE LA THÈSE

Président : M. CAREL, professeur.

Suffragants { MM. LAISNÉ DES HAYES, professeur.
MARIE, professeur.
AMBROISE COLIN, agrégé.

DOUAI

Imprimerie typographique et lithographique DELATTRE et GOULOIS, rue du Palais, 38 et 40

1894

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

A MA GRAND'MÈRE

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A TOUS LES MIENS

A MONSIEUR L'ABBÉ LALOY

Préfet des Etudes au Collège Saint-Jean, de Douai

A TOUS MES AMIS

A LA CHÈRE MÉMOIRE

DE MADAME VICTOR DOUAY

ET DE MONSIEUR PACIFIQUE RÉAL

THÈSE LATINE

DE LA DOT PROPECTICE

BIBLIOGRAPHIE

Accarias. — *Précis de Droit romain*. 4^e édit. Paris, 1886-1894.

Appleton. — *Histoire de la Propriété prétorienne*. Paris 1889.

Demangeat. — *Fonds dotal en Droit romain*. Paris 1860.

Denys d'Halicarnasse. — *Les Antiquités romaines*, traduction de G. F. Le Say. Paris 1722.

Didier-Pailhé. — *Cours élémentaire de droit romain*. Paris 1887.

Esmein. — *Mélanges d'Histoire du Droit et de Critique*. Paris 1886.

Fustel de Coulanges. — *La Cité antique*. Paris 1876.

Gide. — *Etude sur la Condition privée de la femme*. Paris 1885.

Kuntze. — *Cursus den Romische rechts*. Leipzig 1889.

May. — *Eléments de Droit romain*. Paris 1892.

Pellat. — *Textes sur la Dot*. Paris 1847.

De Savigny. — *Traité de Droit romain*. Paris 1860.

Voigt. — *Die lex Mœnia de dote*. Weimar 1866.

Van Wetter. — *Droit romain*. Gand 1876.

CHAPITRE I

HISTORIQUE DE LA DOT CHEZ LES ANCIENS

L'usage de constituer une dot aux filles et aux veuves qui vont se marier remonte à la plus haute antiquité. Nous devons remarquer que cette institution a souvent varié avec les mœurs et les habitudes des différents peuples qui ont figuré tour à tour sur la scène du monde.

La lecture de la Genèse nous apprend que les Hébreux avaient reconnu ce principe de la dot dont l'apport était imposé à l'homme qui allait se marier. Lorsque Isaac, fils d'Abraham voulut épouser Rébecca, n'envoya-t-il pas un messenger conduisant dix chameaux chargés des échantillons de toutes ses richesses : *ex omnibus bonis ejus portans secuns*. Ce messenger distribua tous ces présents à Rébecca et aux membres de sa famille; ceux-ci ne lui rendirent aucun cadeau mais ils lui dirent : « En Rébecca, *coram te est, tolle eam et proficiscere*.

Rappelons-nous encore que Sichem pour avoir en mariage Dina, fille de Jacob, fut obligé de donner aux parents de sa femme tout ce qu'ils lui demandaient.

Nous retrouvons, chez le peuple Juif, la nécessité de doter la femme, nécessité imposée au futur mari.

Chez tous les peuples antiques, la forme primitive du mariage consiste donc dans l'achat de la femme par le mari. Dans les Indes l'homme se procurait une femme en fournissant une paire de bœufs (1).

Chez les Assyriens les formes du mariage étaient assez bizarres : tous les ans on assemblait dans un même lieu, les jeunes filles qui étaient en âge de se marier. Le crieur public les mettait à prix les unes après les autres et les citoyens riches achetaient à l'enchère celles dont la figure leur paraissait le plus agréable. Cet argent servait à faciliter le mariage des jeunes filles que la nature avait tellement disgraciées que personne ne les achetait. En effet, lorsque les plus belles avaient été vendues, le crieur public présentait la plus laide de toutes celles qui restaient, et il demandait si quelqu'un voulait la prendre avec telle somme qu'il indiquait. Le marché se faisait alors au rabais et la jeune fille était adjugée à celui qui demandait le moins d'argent. De cette manière toutes les Assyriennes trouvaient un mari (2).

Nous savons par Hérodote que ces mêmes usages étaient admis chez les Babyloniens : et Justinien nous rapporte des faits identiques qui se passaient chez les Arméniens. (3)

Cet achat de la femme par son futur mari fut pratiqué chez les Grecs : ne lisons-nous pas dans Aristote, que les ancêtres des Grecs étaient d'une barbarie et d'une simplicité choquantes,

(1) Strabon, Liv. 15.

(2) *Ælian*, *Histor varia*. Liv. II, chap. I.

(3) Justinien ; *Novelle 21*, de *Armeniis*, préface.

puisque pendant longtemps, ils eurent l'habitude de se vendre leurs femmes : Τότε οἱ Ἕλληνες τὰς γυναῖκας εὐνοῦντο παρ' ἀλλήλων (1).

Rappelons-nous du reste l'expression dont se servait Homère, quand il parlait des vierges grecques, — ne les appelait-il pas ἀλφεσiboiai, c'est-à-dire : rapportant des bœufs à la maison.

Tous ces différents exemples sont assez concluants pour nous permettre de dire que chez les peuples anciens, l'homme devait fournir une dot aux parents de la fille qu'il voulait épouser. Du reste, n'en est-il pas encore ainsi chez le peuple le plus arriéré de tous les peuples civilisés ; en Chine, la vente des femmes, forme certainement une des branches les plus importantes du commerce. (2) De même chez un grand nombre de peuplades américaines. Le mariage est aussi à proprement parler une acquisition, car l'homme achète la femme à ses parents (3). Le mariage par vente, s'est ainsi conservé chez tous ces peuples qui ont conservé les mœurs patriarcales, depuis l'Equateur jusqu'au Cap, depuis le Caucase jusqu'au fond de la Tartarie (4).

Nous devons faire remarquer que l'achat de la femme par le mari disparaît à mesure que les peuples se civilisent, mais toutefois nous ajouterons que malgré le haut degré de développement de la civilisation antique, nous rencontrons des législateurs et des philosophes qui ont pres-

(1) Aristote : Politique, Liv. II, Chap. V, n° 11.

(2) Grosier : Description de la Chine. II. p. 264,

(3) Robertson : Histoire d'Amérique. Liv. V.

(4) Klemm : die Frauen in den Verschiedenen Zonen, I, pages 101, 148.

crit la dot, lors même que cette dot était apportée par la femme. La dot cependant n'est plus le prix de vente, c'est ce que la femme donne ou promet à son mari, afin de l'aider à supporter les charges du mariage.

Lycurgue prohibait cette dot à Sparte car il jugeait que le mari serait plus maître de sa femme lorsqu'elle ne lui aurait rien apporté.

« Les femmes, disait Platon, seront moins insolentes et les maris moins esclaves et moins rampants devant elles, lorsqu'il n'y aura pas eu de dot » (1).

Solon voulut aussi interdire l'apport de la dot, mais ses efforts furent inutiles, car cette donation devint bientôt une condition du mariage. Plutarque écrit que Solon avait défendu les constitutions de dot, et n'avait autorisé que l'apport de trois robes, parce qu'il voulait que l'union de l'homme et de la femme se contractât pour avoir lignée et non pour avoir argent.

Ce que nous devons retenir du régime dotal athénien, c'est la non confusion du patrimoine des époux, car le mari devait rendre la dot lors de la dissolution du mariage. Nous allons voir qu'il en est ainsi à Rome.

(1) Platon, Des lois ; Traduction de M. Cousin, VII, p. 354.

CHAPITRE II

CARACTÈRE DE LA DOT A ROME

Nous ne croyons pas qu'il faille rechercher l'origine du régime dotal dans les premiers siècles de Rome, car à cette époque le mariage romain pouvait se résumer en ces quelques mots : absorption complète de la femme par le mari non seulement au point de vue de la personnalité, mais surtout au point de vue du patrimoine. A cette époque, en effet, dans la famille romaine, tous les pouvoirs sont réunis dans la main du *pater familias*. Seul il commande, comme maître à ses esclaves, comme père à ses enfants, comme mari à sa femme. Par conséquent la femme, comme l'enfant et l'esclave, n'a pas d'individualité propre.

Remarquons que malgré son mariage, la femme restait sous la puissance paternelle ou en tutelle (tutelle de ses agnats), mais ordinairement elle passait sous la manus de son mari (1).

La *manus* était une puissance absolue, identique à la puissance paternelle, accordée au

(1) Denys d'Halicarnasse : Liv. II, chap. 25.

mari non seulement sur la personne mais aussi sur les biens de la femme.

Comment s'acquerrait le pouvoir de la *manus*?

L'époux pouvait acquérir la *manus* de trois manières différentes : la confarréation, la coemption et l'usage (1). La confarréation est la plus ancienne et la plus imposante; seule elle convient au mariage des pontifes. Employée surtout pour l'union des patriciens, elle demeura toujours interdite aux plébéiens. Elle consistait dans un sacrifice religieux accompli par le grand pontife, en présence de dix témoins, et dans la prononciation de certaines paroles solennelles. Pendant toute la cérémonie la femme tenait à la main un pain de froment. Ce mode ne tarda pas à disparaître comme s'en vont toutes les institutions religieuses qui ont perdu le souvenir de leur origine et la conscience de leur but. (2)

La coemption était une sorte de contrat civil consistant dans une vente fictive. Applicable aux plébéiens seuls elle fut employée par les patriciens le jour où fut autorisé le mariage entre ces deux ordres.

L'épouse avait enfin un troisième moyen pour se mettre sous la *manus* de son mari. Il suffisait pour cela que dans une année entière, elle ne quittât pas la maison conjugale pendant trois nuits consécutives. L'époux acquérait ainsi la *manus* par l'usage; cet usage était pour ainsi dire une espèce de prescription.

Quoi qu'il en soit, lorsque la femme tombe *in manum mariti, confarreatione, coemptione*

(1) Gaius. Institutes. Comm. I, 40.

(2) Accarias, Droit Romain I, p. 308.

vel usu, elle sort de sa famille et perd tous ses droits d'agnation; c'est le point le plus important et le plus remarquable. Désormais, elle fait partie de la famille de son mari dont elle emprunte tous les liens d'agnation, et par suite elle devient, par rapport à lui, *loco filicæ*. Les biens de la femme tombent dans le patrimoine du mari, (1) ou du moins, ils se confondent avec les biens de ce dernier pour ne former qu'une seule masse commune dont les deux époux sont copropriétaires; l'administration en revient au mari seul. Si j'osais employer ici le langage moderne, dit à ce propos M. Gide, je dirais que la *manus* est une espèce de régime nuptial, et que ce régime se rapproche de ce que nous appelons aujourd'hui une communauté universelle.

Tout ce que la femme pourra acquérir pendant le mariage, appartiendra au mari. Gaius le dit expressément : *Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos qui in potestate, manu, mancipiove habemus*. (1)

A la mort du mari, la communauté se partage entre la veuve et les enfants issus du mariage : la veuve prend une part d'enfants mais, à défaut de descendants, elle hérite de toute la succession. — C'est donc avec raison que nous disions au commencement de ce chapitre que dans les premiers siècles de Rome, le mariage avait pour conséquence l'absorption complète des biens de la femme par le mari. Aussi, bien que certains auteurs et en particulier

(1) Gaius. C. III, 83.

(1) Gaius II, 86.

Cicéron (1) parlent d'une dot qui existerait à cette époque, nous pensons que le régime dotal n'a pas sa source dans les mariages des premiers siècles.

Il est temps de faire remarquer que le mariage romain n'entraînait pas forcément la *conventio mulieris in manum mariti*, car à côté du mariage *cum manu* nous rencontrons des mariages sans la *manus*. Le propre de ces derniers mariages est de laisser la femme mariée dans la famille où elle est née et de ne porter aucune atteinte aux droits que les parents peuvent avoir sur elle. Remarquons cependant que la femme ainsi mariée, tout en restant sous la puissance de son père, tombait toutefois sous le pouvoir de son mari; de sorte que la puissance paternelle ou tutélaire d'une part et la puissance maritale s'exerçaient sur la femme mariée sans s'exclure. Bien entendu la femme conservait non seulement la propriété mais encore la jouissance de tous ses biens. Le mari n'avait aucun droit sur le patrimoine particulier de son épouse, à moins qu'il n'ait acquis la *manus* par une usucapion d'un an, usucapion ou usage que la femme pouvait facilement éviter, puisqu'il lui suffisait de quitter le domicile conjugal pendant trois nuits consécutives.

Les mariages accompagnés de la convention *in manum mariti*, très fréquents dans les premiers siècles, ne tardèrent pas à être remplacés par les mariages simples, c'est-à-dire *sine manu*. En effet, l'abandon des biens de la femme, leur confusion avec ceux du mari, qui en

(1) Cicéron, *Eopiques* chap. IV.

devenait le seul administrateur, constituaient un désavantage et un sacrifice trop onéreux. Les femmes luttèrent avec succès contre l'inégalité de leur sort et firent prévaloir les mariages libres : Ces mariages libres équivalaient à l'émancipation de la femme ; émancipation tant regrettée par Caton. Avec la *manus* disparaît la confusion des biens de la femme et du mari, Il n'y a plus cette communauté universelle dont parle M. Gide. Mais comme il était raisonnable et très naturel que la femme contribuât aux charges du ménage, un apport devint nécessaire, sans être toutefois essentiel au mariage. C'est donc ici que nous trouvons la source du régime dotal des Romains. Des biens furent constitués au futur mari, soit par le *paterfamilias*, soit par la femme *sui juris* autorisée par son tuteur, soit par une tierce personne.

La constitution de dot était créée. Elle entre tellement dans les mœurs, que suivant l'expression caractéristique de Plaute, les jeunes filles sans dot étaient considérées comme « illocabiles. »

Mais ce que nous devons surtout remarquer pendant cette première période de l'existence de la dot romaine, c'est le caractère de perpétuité donné à cette donation. Cette constitution fut en effet, du moins à l'origine, une donation irrévocable, un transport de la propriété des biens de la femme entre les mains du mari. Le jurisconsulte, Paul l'affirme dans les termes suivants : *Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat, ita contrahitur ut semper apud maritum sit.* (1)

(1) Paul XXIII. III. D. Loi 1.

La notion d'une action en restitution de dot est totalement inconnue puisque le mari devient propriétaire incommutable. Cette dot, destinée *ad onera matrimonii*, doit rester entre les mains du mari tant que dureront ces besoins, ces charges du ménage, charges qui peuvent encore durer même après la dissolution du mariage, par exemple lorsqu'il y a des enfants. Ainsi donc l'idée de dot n'était pas intimement liée à celle de restitution; ces deux idées sont inséparables aujourd'hui. Nous savons par Aulu-Gèle que la dot conserva ce caractère jusqu'à la fin du V^e siècle. (1) A cette époque, lorsque l'austérité des mœurs a fait place à la dépravation, lorsque les répudiations d'abord inconnues, puis repoussées, devinrent très fréquentes, alors seulement, l'idée d'une dot restituable remua tous les esprits. Jusque-là, le besoin de créer une action quelconque relative aux biens de la femme mariée, ne s'était pas encore fait sentir parce que le divorce était totalement inconnu. En effet, le divorce quoique autorisé par la loi des 12 tables (2) resta longtemps à l'état de droit abstrait puisque le premier divorce romain remonterait en l'an 520 d'après certains auteurs (3) ou en l'an 529 d'après un autre. (4) Il fut demandé par Spurius Carvilius Ruga pour la raison suivante : » Ayant » juré aux Censeurs, qu'il épouserait une femme

(1) Aulu-Gèle. Nuits attiques. Liv. IV, chap. 3.

(2) Cicéron, Phil. II, 28.

(3) Valère Maxime : Dicta factaque. — II, ch. 1. — Denys d'Halicarnasse II, ch. 25.

(4) Aulu-Gèle, IV, 3,

» capable de lui donner des enfants, il avait » épousé une femme stérile. » Remarquons avec M. Accarias, que ce premier divorce apparaît comme un acte d'obéissance à l'autorité et de fidélité religieuse au serment.

Le divorce bientôt admis dans les mœurs se développa à Rome avec une rapidité effrayante. Loin de le redouter comme autrefois, les femmes le recherchaient souvent autant que leurs maris ; dans bon nombre de cas il fut pour elles une émancipation et non pas une injure, une bonne fortune et non pas un malheur, témoin Sénèque (1) qui s'écriait que les femmes pouvaient compter leurs années non plus par le nombre des consuls mais par celui de leurs maris. Juvénal (2) ne s'emportait-il pas contre les femmes qui dans la courte période de cinq années trouvaient le moyen de passer successivement dans les bras de huit maris. « Huit maris en cinq automnes, écrivait-il, fait digne d'une inscription sépulcrale, faisant ainsi allusion à cette simple mais éloquente épitaphe gravée sur la tombe des matrones honnêtes *univira*; celle qui n'a eu qu'un époux. » Bientôt il ne fut même plus nécessaire de chercher un prétexte honnête pour demander le divorce et surtout pour l'obtenir. Plutarque ne raconte-t-il pas que Cécilia Métella, la femme chérie de Sylla, fut répudiée parce qu'elle allait mourir, et que la mort aurait été une souillure néfaste pour la demeure de l'heureux dictateur.

(1) Sénèque : De benef. III, 16.

(2) Juvénal : Satyre IV, vers 229.

Nous n'insisterons pas davantage sur le développement effréné du divorce; nous nous contenterons de dire que sous l'Empire il était devenu le mode le plus ordinaire de dissolution du mariage. (1)

Alors seulement s'introduisit dans les contrats de mariage la clause de restitution de la dot en cas de dissolution par le divorce « *Tunc primum cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas.* » (2) Par cette *cautio uxoriæ*, le mari, en recevant la dot, s'engageait à la restituer à la femme en cas de divorce. Le droit prétorien fit un pas de plus dans cette voie de réforme créant l'*actio rei uxoriæ* pour suppléer à cet engagement du mari, en cas d'omission. (3) Cette action forçait le mari à restituer les biens que la femme avait apportés en dot — sauf certaines rétentions — En effet, lorsque le divorce a lieu par la faute de la femme, le mari peut retenir un sixième pour chaque enfant mais jusqu'à concurrence de la moitié de la dot. (4) Peu à peu la restitution de la dot ne fut plus limitée au seul cas de dissolution du mariage par suite de divorce, mais encore au cas de dissolution par suite du décès du mari. Cette extension nous paraît naturelle et logique, car dans l'un comme dans l'autre cas la veuve au même titre que l'épouse divorcée doit reprendre sa dot afin de subvenir à ses besoins.

(1) Paul. Loi 240. De verb. sign.

(2) Aulu-Gèle. IV, 3.

(3) Code, V, 13. De rei uxoriæ actione.

(4) Pellat. Texte sur la dot, p. 118.

CHAPITRE III

CONSTITUTION DE LA DOT

1^o Caractères de cette constitution

Dans l'étude qui va suivre, nous laisserons complètement de côté, le cas devenu bien rare du moins à l'époque classique où la femme romaine *sui juris* tombe *in manum mariti* et où par conséquence, le patrimoine donné en dot va se confondre avec les biens du mari, pour ne former qu'une seule masse commune.

Quelle est la nature de la constitution dotale ?

Lorsque celui qui constitue une dot est un *extraneus* vis-à-vis du donataire, il nous semble alors que la dot est un acte à titre gratuit puisque le donateur ne reçoit rien en échange de ce qu'il donne *à la femme*.

Quand la femme se constitue une dot avec ses propres biens, il est bien clair que cette constitution forme un contrat à titre onéreux, car le mari, en l'acceptant, ne s'oblige-t-il pas à pourvoir à tous les besoins de la femme pendant le mariage ? Par conséquent, si la constitution de dot a été faite en fraude des droits des créanciers de la femme, ceux-ci ne pourront jamais poursuivre le mari, au moyen de

l'action Paulienne, à moins de prouver sa complicité. C'est pour cette raison que Marcien rangeait la constitution de la dot dans les contrats à titre onéreux dont le type est la vente (1) De cette assimilation, ne pouvons-nous pas conclure que le mari possède une action en garantie pour le cas d'éviction pendant le mariage.

2^o *Formes de la Constitution de Dot*

Le droit romain reconnaissait trois modes de constitution de la dot : *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur* (2).

I. *La Datio*

La dot est constituée par dation, lorsque le mari acquiert, soit d'un tiers, soit de la femme la propriété d'une chose mobilière ou immobilière. Cette dation s'opère par les modes reconnus de translation de la propriété, c'est-à-dire la *mancipatio* pour les *res Mancipi*, la *traditio* pour les *res nec Mancipi*, et dans tous les cas par la *cessio in jure*.

Nous devons faire remarquer que les fonds provinciaux ne se transmettent que par la tradition. Dans les modes de datio, on peut encore ajouter la *procuratio in rem suam*, ainsi que l'acceptilation faite par la femme créancière à son débiteur, son futur époux.

(1) Marcien XX, VI, Dig. Loi 8, parag. 13.

(2) Ulpian VI, parag 1.,

Dans tous ces cas, l'intention de constituer une dot s'exprime et s'exécute immédiatement par un transport de propriété, fait au mari sans aucune obligation antérieure. (1) Parfois ce transport se faisait avec des formes solennelles et en présence d'arbitres entre les mains desquels on déposait le montant de la dot, pour qu'il fût livré le lendemain au mari. (2) La chose *mancipi* ainsi donnée au mari ne deviendra sa propriété qu'après une usucapion d'une ou de deux années. Il en sera de même lorsque la chose aura été donnée par tout autre que le propriétaire. Mais dans ce cas, à quel titre se fera l'usucapion du mari ? Disons de suite que le mari devra toujours être de bonne foi, et distinguons si la chose a été estimée ou non. Si la chose donnée en dot a subi une estimation, il est bien clair que cette estimation rend le mari pour ainsi dire acheteur et l'usucapion sera *pro emptore*, mais bien entendu, elle ne pourra commencer que du jour du mariage. Car cette constitution de dot, cette estimation, cette vente a pour condition résolutoire : le mariage. Lorsque la chose n'a pas été estimée, le mari *usucapit pro suo*.

La *datio* devait nécessairement être faite au mari lui-même. La dot pouvait bien être remise au fils, à l'esclave, à une de ces nombreuses personnes qui pouvaient acquérir la propriété pour le père, mais la ratification de ce dernier était nécessaire.

(1) Accarias, I, p. 815.

(2) Juvénal, Satyre X, vers 293-294.

La chose n'était pas dotale par le seul fait de la dation, de la translation de propriété, car il ne peut y avoir de dot sans mariage ; cependant, il pouvait convenir au *tradens* que le mari soit de suite propriétaire de la dot, même dans ce cas, la donation, devait être annulée, si le mariage n'avait pas lieu. Cette annulation s'obtenait par la *condictio ob rem dati re non secuta*.

Comment doit-on résoudre le cas suivant : une personne fait une constitution de dot sous la condition formelle *si nuptiæ sequantur*, et elle meurt avant le jour du mariage. Nous croyons que dans cette hypothèse, le mari pourra obtenir de suite la propriété des choses données en dot, mais avec le consentement de de l'héritier.

II La Dictio

Le deuxième mode de constitution de la dot était la *dictio*. Il consistait simplement en paroles solennelles, par lesquelles le mari s'engageait envers la femme à lui donner en dot telle ou telle chose : « *Fundus Cornelianus tibi doti erit.* » ou encore : « *Centum millia sestertium tibi doti erunt.* » Cette promesse était sans doute accompagnée ou du moins suivie, d'une adhésion quelconque du futur époux ; du moins nous croyons pouvoir le conjecturer du passage suivant d'une comédie de Tèrence : (1)

« *Chremes : Dos, Pamphile, est decem talenta.*

« *Pamphilus : Accipio.* »

(1) Tèrence, *Andria*, acte V, scène IV.

Quoiqu'il en soit, une créance naissait de ce contrat *verbis*, créance dont l'exécution était garantie par une *condictio* assimilable à celle résultant de la stipulation. Mais nous croyons devoir remarquer, car la chose est importante, que la *dictio* diffère de la *stipulatio* ordinaire, car elle n'exige ni question ni réponse. (1)

Gaius nous dit que la *dictio dotis* et le *jusjurandum liberti* étaient les seuls cas d'obligations *verbis* contractés sans interrogation préalable. Cette dérogation aux règles générales de la stipulation résultait probablement de cette grande faveur dont les Romains entourèrent tous les actes susceptibles de favoriser les mariages.

La *dictio dotis* renferme de nombreux inconvénients car elle est limitée non seulement quant à son objet, mais encore quant aux personnes. Ce mode de constitution de la dot n'appartient qu'à un certain nombre d'individus : elle ne peut être employée que par la femme ou par un ascendant paternel ou par un débiteur de la femme. Par conséquent un parent quelconque de la femme ne peut pas lui constituer une dot par *dictio* s'il n'est son débiteur. (2) Si donc la mère de la future épouse se croyant à tort débitrice de son enfant lui constitue une dot par *dictio* cette constitution de dot sera nulle car ici nous devons mettre la mère sur le même rang que les étrangers. (3) Le contraire a été

(1) Fragments Vaticana, parag. 100.

(2) XXII, III, Dig. lois 25, 44.

(3) Ulpien, fragments. Tit. VI, 1 et 2.

enseigné mais à tort, croyons-nous, (1) car le jurisconsulte Paul décide énergiquement que cette *dictio* de la mère n'est jamais possible « *Eam quæ dicta est a matre peti non posse* »

Nous avons dit que la *dictio* pouvait encore être faite par un ascendant paternel. Mais cet ascendant devait-il avoir la puissance paternelle sur la future épouse? nous le croyons pas. Si nous nous reportons au Digeste (2) nous voyons que si le père constitue une dot à sa fille émancipée, tout le monde convient que cette dot est profectice. D'autre part les personnes qui peuvent constituer une dot profectice sont les mêmes qui peuvent se servir de la *dictio*. Elles ne doivent donc pas posséder la puissance paternelle pour employer ce mode de constitution de dot. Cujas au contraire décidait que le père qui émancipait sa fille et qui lui constituait une dot par *dictio*, ne devait rien au mari parce que la *dictio* exigeait la puissance paternelle chez le constituant. Nous ne pouvons admettre cette théorie et nous pensons avec Julien que si un père s'oblige à fournir une dot à la fille, et s'il émancipe cette dernière avant la célébration du mariage, la promesse ne cesse pas de l'obliger.

Et en effet, si ce père était mort, avant le mariage, les héritiers n'en auraient pas moins été obligés par la promesse de leur auteur. Nous croyons que en parlant de la sorte Julien visait la constitution de dot par *dictio*. (3)

(1) Ginoulhiac : Histoire du Régime dotal... p. 69, note 1.

(2) XXIII, III, Dig, Loi 5, II.

(3) Julien, XXIII, Dig. Loi 44.

D'après M. Accarias cette nécessité de la *patria potestas* dans la personne du constituant aurait existé à l'origine. (1)

La *dictio dotis* pouvait-elle être à terme ou sous condition? La question est vivement discutée. Pothier pense que la *dictio dotis* ne comporte ni terme, ni condition et il appuie sa théorie sur un texte dans lequel Julien parle d'une constitution de dot à terme faite par la *promissio*. — Le même auteur ajoute que la *dictio dotis* étant un *actus legitimus* ne peut être accompagnée d'un terme ou d'une condition. Nous allons de suite répondre à ces deux arguments car nous pensons le contraire de Pothier.

Ne voyons-nous pas dans Proculus une *dictio dotis* conçue en ces termes : *Quum commodum erit doti filiae meae nomine erunt tibi aurei centum*; et le jurisconsulte n'exprime pas le moindre doute sur la validité de cette *dictio* conditionnelle. (3) D'autre part, si nous parcourons la liste des actes légitimes donnée par le jurisconsulte Papinien nous ne rencontrons pas le nom de la *dictio dotis*; il est vrai que cet auteur ne donne pas une liste complète mais enfin rien n'indique que la *dictio* doive en faire partie.

Nous croyons donc et nous n'hésitons pas à dire que la *dictio* peut parfaitement être affectée soit d'un terme soit d'une condition.

Nous aurons terminé cette étude succincte de la *dictio* quand nous aurons rappelé que ce mode

(2) Accarias, I, page 846, note 3.

(3) Loi 125 Dig. De verborum obligat...

de constitution fut supprimé par Justinien le jour où cet empereur décréta que toutes les obligations *verbis* seraient régularisées par une stipulation.

III. La *Promissio*

Ce troisième mode de la constitution de la dot n'est qu'une des innombrables applications du contrat de stipulation. « *Decem millia sestertium dotis nomine mihi dari spondes ?* » demandait le mari, et le constituant répondait : « *Spondeo.* » De cette stipulation naissait une *condictio certi* car l'objet de la promesse était certain à moins que la constitution de dot n'embrassât un lien indéterminé car dans ce cas il y avait une *actio incerti ex stipulatu*.

Contrairement à la *dictio*, la *promissio* n'était pas limitée quant aux personnes qui voulaient s'en servir.

Dans ce mode de constitution rentre évidemment l'exécution de la délégation. Le constituant s'engageait envers le créancier du mari ou faisait engager son propre débiteur soit envers le mari lui-même.

La *promissio* différait encore de la *dictio* en ce qu'elle comportait une interrogation et une réponse tandis que celle-ci consistait en une simple déclaration.

IV. Autres modes de constitution

Quelques textes (1) nous enseignent que la dot pouvait encore être constituée par un legs *per*

(1) XXXIII, III. D. Loi 48.

damnationem fait au mari *nomine uxoris*. Cela ressort parfaitement d'une loi du Digeste (1) : *Titio genero heres meus dotis Seiae filiae meae nomine centum dato.* »

Nous croyons cependant que ce mode particulier devait être appliqué rarement.

La dot peut se constituer par une acceptilation : en voici un exemple : Primus le futur mari doit une certaine somme d'argent à Secundus, Secundus fait remise de cette somme à son débiteur mais à la condition que cette libération tienne lieu de dot à la femme.

Nous citons cet exemple pour mémoire, car nous reviendrons sur ce dernier point quand nous traiterons de l'objet de la dot.

(1) XXV, I, D. Loi 71, 3.

CHAPITRE IV

DES DIFFÉRENTES PERSONNES QUI PEUVENT CONSTITUER UNE DOT

1^o Dot constituée par la femme

Nous savons qu'à l'époque classique, la femme romaine, même la femme *sui juris*, était soumise à une tutelle et que l'autorisation du tuteur était exigée pour les actes qu'elle voulait accomplir. Cette *auctoritas tutoris* était donc nécessaire à la femme qui voulait se constituer une dot à moins que cette dot ne consistât dans la *datio* d'une chose *nec Mancipi*, la femme pouvant aliéner cette chose *sine tutore* (1). Mais ne nous opposera-t-on pas certains textes qui parlent non pas de l'*auctoritas tutoris* mais du *consensus curatoris*, consentement qui serait seul nécessaire à la femme se constituant une dot (2). Nous croyons que dans ces différents textes le mot *curatoris* a été substitué à celui de *tutoris*, tel est l'avis du moins de Pellat sur la loi 61 que nous avons citée (3). Nous en dirons autant

(1) Gaius, II. par 80.

(2) XXIII, III. Lois 60 et 61.

(3) Pellat, texte de la dot, page 290.

de la loi 60, d'autant plus facilement que tous les autres textes ne parlent que du tuteur (1).

Remarquons du reste que les tuteurs donnaient seulement l'autorisation pour certains actes, mais ils ne faisaient aucun acte de gestion. Les femmes avaient le droit d'administration (2). Mais il est probable que l'usage de donner aux jeunes gens pubères mineurs de 25 ans un curateur chargé de gérer leur patrimoine, fut étendu aux femmes mineures dont le tuteur ne faisait qu'un acte de gestion.

Nous lisons dans un rescrit d'Alexandre Sévère (3) que la femme pouvait très bien donner la totalité de sa fortune à son futur époux. Il est évident que si la femme se constituait une dot dont le montant était supérieur à sa fortune, la constitution était nulle pour l'excédent. Nous pensons que dans ce cas le mari avait une action de *dolo* contre le tuteur de mauvaise foi (4).

Que répondre à la question suivante : une pupille se marie avec le fils de son tuteur, doit-elle être dispensée de l'autorisation du tuteur, conformément à la règle : *Tutor in rem suam actor fieri non potest* (5), nous répondrons avec Papinien que le tuteur doit, même dans ce cas, donner son autorisation (6).

(1) Gaius I, 178. Ulpien frag. XI, 20 et 22.
Paul, vaticana frag. 110.

(2) Gaius : Institutes I, 190-191.

(3) Loi 4. Code.

(4) XXVI, VII, D. Loi 43. 1.

(5) XXIV, VIII. D. Lois 1 et 7.

(6) XXIII, III, D. Loi 69, §.

2^o Dot constituée par un extraneus

Nous rappelons que la dot consentie par un étranger constitue pour ce dernier un contrat à titre gratuit puisqu'il ne reçoit rien en échange des biens qu'il constitue en dot. Bien entendu cette donation pouvait être révoquée pour cause d'ingratitude.

La mère pouvait-elle constituer une dot à sa fille *alieni juris* ? Elle le pouvait et parfois même elle le devait. Justinien nous cite un cas où cette constitution de dot était imposée à la mère par punition. (1).

3^o Dot constituée par le père
ou par un ascendant paternel

L'obligation pour le père de famille de doter sa fille, obligation naturelle pendant les premiers siècles de Rome devint une obligation légale par suite de la loi *Julia de maritandis ordinibus*. Marcien nous dit que ceux qui sans raison empêchaient leurs filles de se marier et refusaient de leur donner une dot, étaient forcés en vertu de l'ordonnance des empereurs Sévère et Antonin et par l'autorité des proconsuls et des présidents de provinces, de consentir au mariage de leurs enfants et de les doter. Le même auteur ajoute cette réflexion : les parents sont censés ne pas vouloir marier leur fille lorsqu'ils ne lui cherchent pas un mari. Cette loi contient donc l'obligation pour le père de famille de marier et de doter ses enfants. (2).

(1) Justinien au Code, Loi 19. 1.

(2) XXIII, II, Loi 19.

La fille romaine avait même le droit d'intenter une action en justice à son père lorsque celui-ci refusait de lui constituer une dot.

Le père était-il obligé de constituer une dot à sa fille, lorsque celle-ci avait des biens personnels, lui provenant par exemple de la succession de sa mère? Nous le croyons et nous maintenons l'affirmation même pour le cas où la fille était émancipée. Pourquoi? Parce que l'obligation pour le père de famille de doter ses enfants, avait sa source non pas dans la puissance paternelle, mais dans un principe d'ordre public. Rappelons en effet qu'à cette époque, la nécessité de favoriser les mariages était érigée presque en axiome politique.

A propos de l'hypothèse dans laquelle la fille avait des biens personnels, nous croyons devoir ajouter que lorsque le mari avait constitué une dot *tam ex paternis quam ex maternis bonis*, il fut décidé par l'empereur Léon (Novelle 21), que la dot devait être prise du moins pour une moitié, sur les biens du constituant; il abrogeait ainsi la loi 7 au code de *dotis promissione* qui décidait que dans ce cas la dot ne devait comprendre les biens de la fille, que si le père était en état d'indigence. Nous croyons que cette abrogation fut logique, car si le père avait voulu constituer une dot sur ses biens seuls, il ne l'eut pas fait *tam ex paternis quam ex maternis bonis*.

CHAPITRE V

DES DIVERSES ESPÈCES DE DOT

Quoique nous nous soyons proposés d'étudier plus spécialement la dot profectice, nous ne l'avons pas encore distinguée des autres espèces de dot parce que les principes de la constitution de cette donation s'appliquent à la dot profectice et aux autres sur un même pied d'égalité.

La dot profectice ne se sépare des autres que sur le chapitre de la restitution ; alors seulement nous la distinguerons spécialement.

La dot est adventice ou profectice.

1° De la dot adventice

La dot adventice était celle que la femme se constituait elle-même ou qui lui était faite par un tiers autre qu'un ascendant paternel. Elle devient en principe la propriété du mari par suite du prédécès de la femme.

La dot adventice était appelée réceptice , lorsque le constituant en avait stipulé le retour pour lui ou pour ses héritiers en cas de survie du mari à sa femme.

La dot adventice était ainsi appelée parce que, étant constituée par un étranger, elle était une bonne fortune pour le mari.

2° La dot *profectice*

C'est la dot constituée, soit par le père, soit par un ascendant paternel. Elle est ainsi appelée, par ce qu'elle doit retourner au constituant lorsque la femme prédécède étant toujours engagée dans les liens du mariage. « *Eo revertura est und profecta.* »

La dot *profectice* a donc pour criterium d'être constituée par le père ou par un ascendant paternel mâle. Le père était obligé de constituer une dot à sa fille, rien de plus naturel, puisque par suite de la *patria protestas*, il acquérait tous les biens de ses enfants non émancipés. Comme compensation la loi lui accordait un droit de retour de la dot pour le cas du prédécès de la femme.

Plus tard le père pourra doter sa fille *alieni juris* et bénéficier du droit de retour. Nous reparlerons de ce point qui fut très controversé.

La dot est *profectice* dès lors qu'elle est à la charge du père : *Profectitia dos est quæ a patre vel parente profecta est de bonis vel facto ejus.* » (1)

La loi qui nous donne la définition ci-jointe, donne un assez grand nombre d'hypothèses dans lesquelles la dot doit être déclarée *profectice*.

1° La dot est *profectice* non seulement lorsqu'elle est constituée par un ascendant paternel, mais encore lorsqu'elle l'a été soit par son fondé de pouvoir, soit par un étranger qui en a reçu l'ordre ou qui en agissant ainsi a voulu gérer les biens de l'ascendant.

(1) XXIII, III, D. Loi 5. *principium*.

2° Un étranger veut faire une libéralité à un père de famille et dans ce but constitue une dot à sa fille. Il est juste, dit Ulpien, que cette dot soit profectice, car les choses doivent se passer comme si le père l'avait constituée lui-même avec le montant de la libéralité dont il avait été gratifié.

3° Est encore profectice la dot constituée par le curateur du père interdit.

4° Même solution pour le cas où le prêteur a fixé le montant de la somme qui serait prise sur les biens du père retenu prisonnier, afin de faire une dot à son enfant.

5° La dot est profectice quoique constituée par un fidéjusseur du père, car celui-ci sera tenu par *l'actio mandati contraria* de rembourser le constituant.

6° Un fils de famille constitue une dot à sa fille, la dot sera profectice vis-à-vis du père, car le fils a agi pour le compte du père.

7° Un fils de famille encore en puissance constitue une dot à sa fille, le père meurt, le fils devenu *sui juris* aura constitué une dot profectice, car il ne peut se soustraire au paiement de cette donation.

8° La dot consentie par un père adoptif est profectice.

9° « *Si pater pro filia emancipata dotem dederit profectitiam nihilominus dotem esse dubium est quia non jus potestatis sed parentis nomen profectiam dotem facit.* » C'est en ces termes que Ulpien rapporte une dernière hypothèse dans laquelle la dot doit être considérée comme profectice.

Ulpien déclare profectice une dot constituée par un père à sa fille émancipée, car, dit-il, le caractère de profectice ne vient pas du droit de puissance du constituant mais de son titre de père.

Nous admettons la théorie d'Ulpien, mais nous devons étudier les arguments invoqués par les partisans d'une théorie contraire.

1° Nos adversaires invoquent le rescrit d'Alexandre Sévère (1) ainsi conçu : *Dos a patre profecta si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias ad patrens redire debet.* » Cette loi, disent-ils, n'accorde le retour que lorsque la fille meurt en puissance du père.

2° En second lieu le jurisconsulte Merlin (2) nous dit que la loi 6 *de jure dotium* a une portée générale.

Il ne faut pas distinguer si la fille était encore en puissance ou non lors de la constitution de dot.

Il est vrai que la loi 4 au Code (déjà citée) ne parle que du cas où la fille décédée pendant le mariage n'avait pas été émancipée — mais il doit en être de même dans le cas contraire — c'est ce que décident clairement la loi 5 au Digeste *de divortio*, ainsi que les lois 10 et 59 *de soluto matrimonio*. Ulpien lui-même vient à l'appui de cette théorie en disant : que si la femme est soumise à la puissance paternelle, la dot constituée par le père appartient au père et à la fille. (3) Dans le cas de dissolution du

(1) Code Liv. V, T. XVIII, loi 4.

(2) Répertoire de jurisprudence. Tome XV, p. 412.

(3) XXIV, III. D. Loi 2.

mariage par le divorce de la femme non émancipée, la dot se partage entre elle et son père, donc le père ne peut réclamer aucune part de la dot quand la fille est émancipée.

3° Enfin un troisième et dernier argument nous est présenté par nos adversaires ; argument tiré non pas des textes mais de l'organisation de la puissance paternelle à Rome. L'émancipation ou du moins *la capitis deminutio* qui l'accompagnait, faisait perdre au père de famille tous les droits inhérents à la puissance paternelle. De quel droit, disent nos adversaires, conservez-vous le droit de retour au père de famille qui a perdu son droit de puissance ?

Tels sont les trois arguments invoqués contre notre théorie, nous allons les réfuter :

1° En premier lieu nous faisons remarquer que le rescrit d'Alexandre Sévère visait le cas particulier où la femme était *alieni juris* ; nos adversaires n'ont pas le droit d'en tirer un argument *a contrario*.

2° Le deuxième argument tiré d'une loi d'Ulpien ne peut nous embarrasser longtemps. Nous ne pouvons admettre une telle contradiction chez cet auteur. La contradiction n'est qu'apparente. Dans la loi 2 citée par nos adversaires, Ulpien vise la dot adventice comme la dot profectice quoique ne parlant que de cette dernière. Elle ne concerne que le *mode* de restitution de la dot profectice lorsque la femme est encore sous la puissance paternelle.

3° Au sujet de l'argument tiré de l'organisation de la puissance paternelle à Rome, nous nous contenterons de dire que les effets de l'émancipation furent rectifiés par le droit prétorien.

Nous croyons que l'obligation de doter les enfants imposée au père de famille embrassait les enfants émancipés comme ceux qui étaient encore en puissance.

Nous citerons quelques textes en faveur de cette affirmation.

a). Pomponius écrit : Une fille avait été mariée et avait reçu de son père une dot profectice, la fille fut prise par les ennemis et mourut en captivité, je pense que, pour la restitution de la dot, on doit suivre les mêmes règles que si la femme était morte pendant le mariage, et quoique, au moment de sa mort elle n'était plus sous la puissance paternelle, la dot constituée par le père doit retourner à ce dernier. (1)

b). Nous trouvons un texte de Julien ainsi conçu : Ma fille émancipée tombe malade ; son mari la répudie afin qu'après sa mort il ne puisse rendre la dot aux héritiers plutôt qu'à moi. Sabinus pense que je dois avoir une action utile pour me faire restituer cette dot, Gaius pense de même. (2) Ce texte est donc en faveur de notre théorie.

c). Ulpien, (3) donne une solution identique à celle de Julien : Si, dit-il, une fille émancipée a divorcé, pour faire gagner la dot à son mari et en frauder son père qui aurait eu le droit de la redemander si sa fille était morte en mariage ; le prêteur doit venir au secours du père ; c'est pourquoi celui-ci pourra demander le retour de la dot.

(1) XXIV, III, D. Loi 40.

(2) XXIV, III, D. Loi 59.

(3) XXIV, III. D. Loi 5.

Remarquons que dans ce cas le mari ne pourra demander le retour de la dot que lorsque sa fille *sui juris*, divorcée, sera décédée. La femme *sui juris* a seule le droit d'agir, dans ce cas elle s'abstiendra.

d). En dernier lieu, nous pouvons rapporter un passage de la novelle XCVII, chap. V, dans lequel on ne fait aucune distinction entre la fille émancipée et la filie en puissance : *Quia vero jam legem scripsimus ut patres semel offerentes dotem pro filiâ sub potestate aut suæ quidem potestatis, reversionem autem in semet ipsos facientes.*

Après l'étude de ces différents textes nous pouvons dire que la dot constituée par un père à sa fille émancipée est une dot profectice.

CHAPITRE VI

DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE CONSTITUÉES EN DOT

« *Nulta lege prohibitum est universa bona in dotem marito foeminam dare.* » (1) Une femme peut donc se constituer en dot l'universalité de ses biens. Cujas enseignait cependant qu'il y avait un maximum légal que la loi Papia défendait de dépasser. La loi Papia parle bien d'un maximum, mais elle vise les donations entre époux à cause de mort et non les dots.

Remarquons bien que le mari qui reçoit ainsi l'universalité des biens de la femme ne devient pas par là même un successeur universel : car toutes les actions passives et actives ne passeront dans son patrimoine que par une mancipation ou par une tradition.

Si la femme a ainsi livré à son mari tous ses biens, comment paiera-t-elle ses dettes ? En cas de constitution par *dictio*, la femme aura la *condictio indebiti*, car si elle a tout donné à son mari, remarquons que tout ne lui appartenait pas, puisque *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. (2) La femme qui a donné ses biens *sine causâ* pourra se servir de l'action de *dolo*

(1) Code, V, XII, Loi 4.

(2) L. XVI, D. Loi 39. 1.

car dolum facit maritus qui bona retinere conatur non deducto ære alieno.

La constitution de dot peut comprendre tout ce qui pourra procurer au mari un avantage quelconque : choses corporelles, incorporelles, indivises ou non.

La dot peut consister en l'acceptilation d'une dette dont le gendre était tenu vis-à-vis du père constituant. Ce sera une dot profectice.

Un père ayant un usufruit sur le fonds de son gendre peut très bien donner cet usufruit en dot. La dot sera encore profectice.

En ce qui concerne la constitution d'un usufruit en dot, de nombreuses hypothèses peuvent se présenter.

1° Le mari reçoit en dot l'usufruit sur un fonds dont il est déjà propriétaire. La propriété est complète désormais entre ses mains. Il jouira donc du fonds, non pas en usufruitier, mais en propriétaire. Mais comment les choses se passeront-elles lors de la dissolution du mariage ?

a.) Le mariage est dissous par la mort de la femme : l'usufruit restera au mari, car il y a eu consolidation par suite de la constitution de dot et le mari profitera de la mort de sa femme comme tout propriétaire de la mort de l'usufruitier.

b.) Le mariage est dissous par la mort du mari : Alors on constituera par une *cessio in jure* un usufruit d'une valeur égale à celle de celui qui n'existe plus.

2° La femme reçoit un droit d'usufruit sur le fonds d'un tiers. Le mari exercera les droits d'un usufruitier, mais par suite de son prédécès la femme reprendra l'usufruit.

3° Un tiers a constitué sur son fonds un usufruit qu'il constitue en dot à la femme. Le mari divorce. Comment cet usufruit fera-t-il retour à la femme ? Marcellus indique deux moyens assez bizarres.

a.) Le mari promettra, par une caution, de s'abstenir de tout trouble.

b.) Le mari cèdera son usufruit au propriétaire qui en donnera un équivalent à la femme. (1) De son côté, Pomponius décide que, pour éviter le retour de l'usufruit au constituant, le mari pourra donner à loyer cet usufruit à sa femme ou lui en faire une vente simulée ; de cette manière le mari pourra conserver le droit d'usufruit dont les fruits seront perçus par la femme.

Une hérédité peut être constituée en dot à la femme. Dans cette hypothèse, la femme sera tenue de la pétition d'hérédité directe, car elle est censée posséder *pro herede*, le mari sera poursuivi par des actions utiles (2).

La créance de la femme contre son futur mari, peut faire l'objet d'une constitution de dot. Si le mari possède le montant de la dette au jour de cette constitution, il est supposé le livrer à la femme qui le lui restitue. S'il n'a pas cette possession, la dot consiste tout simplement en une libération de la dette. Il faut qu'il s'agisse d'un corps certain car si l'objet est une somme d'argent par exemple, la femme est censée l'avoir reçue et l'avoir constituée en dot à son mari.

La femme pouvait encore constituer à son mari autre chose que la somme due. Ainsi elle

(1) XXIV, III, D. Loi 57.

(2) V, III, D. Loi 13, 10.

pouvait dire : au lieu de mille sesterces que vous nous devez, vous aurez en dot l'esclave Sticchus. Dans ce cas la première dette est éteinte par une *datio in solutum*; le mari donne l'esclave à la femme et celle-ci le lui rend de suite par *dictio*.

La dot peut encore comprendre la créance de la femme contre un tiers. Alors, tout est en suspens jusqu'à la célébration du mariage. Le débiteur ainsi délégué n'est tenu vis-à-vis du mari que si le mariage a lieu, mais il n'est plus obligé envers la femme que sous la condition résolutoire si le mariage n'a pas lieu (1).

La constitution de dot peut consister en une obligation alternative. La *dictio* peut en effet être ainsi conçue : Vous aurez en dot le fonds Cornélien ou cent mille sesterces. Dans ce cas le choix appartiendra à la femme puisque dans les obligations alternatives le choix est au débiteur. Il peut arriver cependant que le choix appartienne au mari. Ainsi le mari doit à la femme une certaine somme ou un esclave; la femme créancière lui fait la diction suivante : vous aurez en dot ce que vous me devez. La chose dotale sera donc l'une ou l'autre chose au choix du mari. *Quod si promittat qui fundum aut decem habuit in arbitrio esse mariti quod in dote sit* (2).

Avant de clore ce chapitre nous croyons devoir étudier la loi 44 du titre *de jure dotium*. En voici la teneur : Une femme créancière d'un fils de famille épouse le père de son débiteur et se cons-

(1) XXIII, III, D. Lois 80 et 83.

(2) XXIII, V, D. Loi 9. 1.

titue une dot en ces termes : Ma dot sera de ce que vous me devez, ou, ma dot comprendra ce que votre fils me doit. Julien pense que cette diction ne constitue pas une obligation pour la femme, car nous devons remarquer que cette dernière ne s'engage nullement à donner au père le montant de l'une ou l'autre créance. Elle s'engage tout simplement dans les deux cas à laisser chez son mari, à titre de dot, le montant de l'obligation du père, c'est-à-dire, tout ce qu'elle pourrait obtenir de lui par l'action *de peculio*. D'après Marcellus cette *dictio* faite par la femme créancière à son mari débiteur aurait l'effet d'un pacte *de non petendo*. En effet, dit-il, la femme qui voudrait intenter l'action civile ou l'action prétorienne, alors qu'il s'agit de la dette du fils ou de la dette du père, se trouverait en face de l'exception *pacti conventi* : et en effet par la *dictio*, la femme s'est exigée à ne pas réclamer la dette du père et du fils jusqu'à montant du pécule. Mais quels seront les droits de la femme à la dissolution du mariage ? Que pourra-t-elle obtenir par l'action *rei uxoris*. Elle obtiendra ce qui serait entré dans l'action *de peculio* à laquelle elle a renoncé. Ce pécule sera évalué au jour du mariage si la diction a suivi cet événement, sinon au jour de la diction.

Tous les jurisconsultes ne donnent pas à cette *dictio* l'effet d'un pacte *de non petendo* comme le fait Marcellus, d'autres en effet semblent lui accorder l'effet d'une acceptilation, c'est-à-dire l'extinction de la créance *ipso jure* (1).

(1) Paul XXIII, III, Dig. loi 25. *Tryphonius*. XXIII, III, D. Loi 77.

Cujas, pense que dans ce cas particulier, il n'y a pas de diction alternative. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que le choix appartienne au débiteur. Mais ce choix n'existe pas, pour cette seule raison qu'une des deux choses de l'alternative est impossible. Et en effet, en supposant que la femme se constitue en dot la dette du fils, elle ne pourra fournir à son mari, père du débiteur, le moyen de recouvrir intégralement la dette, car le père ne peut pas poursuivre le fils qu'il a sous sa puissance, il ne peut que retenir ce qui se trouve dans son pécule. Mais alors cette explication est contraire à celle de Javolénus, (1) qui déclare que la femme peut parfaitement se constituer par *dictio*, la dette du fils de son mari : *quo filius tuus mihi debet id tibi doti erit*, dans ce cas la femme se constituait le montant de l'obligation du fils et non pas seulement le montant de l'action de *peculio*.

Nous croyons que dans ce texte 44 que nous étudions, il n'est pas question d'une diction alternative. Nous sommes tout simplement en présence de deux formules de *dictio* : la première : ce que vous me devez ou « *quod mihi debes* » ne nous inquiète pas, car elle ne renferme aucune difficulté. La deuxième, ce que ton fils me doit « *quod filius tuus debet* » signifie ou bien ce qui est dû par le fils, (doctrine de Marcellus), ou bien ce qui peut être réclamé par l'action de *peculio*, c'est la doctrine de Javolénus.

(1) XXIII, III, D. Loi 57.

CHAPITRE VII

DE LA CONDITION DE LA DOT PENDANT LE MARIAGE

1° Droits du mari

Nous savons déjà que le mari devient propriétaire de la dot « *Fiunt res mariti si constante matrimonio in dotem dentur* » (1). La *dictio* fait acquérir cette propriété de plein droit au mari tandis que la *datio* et la *promissio* lui donnent seulement une *condictio* ou une *actio ex stipulatu*.

Cette action donnée au mari était-elle *in solidum* ou pouvait-elle être repoussée par le bénéfice de compétence ? Voyons d'abord en quoi consistait ce bénéfice. Nous allons le dire en peu de mots : En règle générale, lorsqu'un créancier poursuivait son débiteur, le juge chargé du procès, lorsque la dette était juste, condamnait le débiteur au paiement et cette condamnation s'exécutait sur les biens à venir comme sur les biens présents. Il pouvait arriver que par suite de cette condamnation un débiteur fût réduit à la pauvreté. Ce triste résultat ne devait-il pas être du moins évité, lorsque

(1) Ulpien XXIII, III. D. Loi 7. 3.

le créancier et le débiteur étaient unis par des liens soit de parenté, soit de reconnaissance, soit d'association. Le législateur a cru qu'il devait en être ainsi et il a décidé que lorsque ces différents rapports existeraient entre créancier et débiteur, ce dernier ne pourrait être condamné que jusqu'à concurrence de ses facultés : c'est-à-dire *in id quod facere potest*. Le donateur jouissait de ce privilège dans sa plus grande latitude, avec cette faveur supplémentaire qu'il pouvait en premier lieu déduire du montant de la donation la valeur de ses dettes et en second lieu prélever la somme nécessaire *ne egeat*, c'est-à-dire, pour ne pas tomber dans la misère.

Il s'agit donc de savoir si celui qui avait constitué une dot pouvait opposer le bénéfice de compétence au mari. Ulpien (1) semble dire que le constituant jouira de ce bénéfice non seulement envers la femme du donataire mais encore envers ce dernier. D'autre part il résulte de certains textes (2) que celui qui a voulu faire une donation à la femme en constituant une dot à son mari, ne devra pas être condamné envers ce dernier comme envers sa femme, c'est-à-dire jusqu'à la limite de ses facultés. Pourquoi une telle différence dans ces textes ? Par ce que le mari doit être considéré dans ce cas comme un délégataire à titre onéreux. Nous ne nous attarderons pas à rapporter la manière dont Cujas veut concilier ces deux auteurs et nous nous contenterons de dire que Ulpien a sans

(1) XXIII, III, D. Loi 33.

(2) XLII. I. D. Loi 41.

doute pensé que le mari n'étant pas un délégataire ordinaire devait partager la reconnaissance de sa femme envers le donateur et respecter chez ce dernier la jouissance du bénéfice de compétence.

Le père qui a constitué une dot peut-il jouir de ce bénéfice ? L'affirmative était soutenue par Julien. Ulpien (1) de son côté décidait négativement, car, disait-il, quel est le juge qui pourrait écouter d'une oreille favorable une femme qui viendrait se plaindre de ce que son mari n'a pas forcé son père à payer la dot qu'il avait constituée de ses biens personnels.

Il y a pourtant un cas où le bénéfice de compétence appartiendra au père. Cela sera possible quand la constitution aura eu lieu dans ces termes : *Cum potuero, cum commodum erit*. Dans cette hypothèse, le père pourra, comme tout donateur, déduire du montant de la donation la valeur de ses dettes et conserver la somme qui lui sera nécessaire pour ne pas tomber dans l'indigence. Il aura même le droit de conserver une somme suffisante pour soutenir la dignité de son rang. Voici du reste les paroles de Proculus : « Il est à propos de croire que lorsqu'un père a promis une dot en ces termes : lorsque je le pourrai, il a voulu dire : après le paiement de mes dettes. Ces paroles pourraient encore être interprétées dans ce sens : lorsque je pourrai le faire sans compromettre mon honneur. Et c'est là la meilleure interprétation » .

De tout ce que nous venons de dire, il résulte un droit incontestable de propriété de la dot en

(1) XXIII, III. D. Loi 33.

faveur du mari. Certains auteurs cependant ont soutenu que la femme seule avait la propriété des biens dotaux et que le mari n'en avait que l'administration. Cette opinion a trouvé un chaleureux défenseur dans la personne de Doneau : Cet auteur en effet, n'a-t-il pas écrit : *Quis ergo dominus dotis constante matrimonio ? Re vero uxor sola* (1). Avant Doneau, Meyerfedt, (2) avait dit : « Il n'est écrit nulle part que le mari soit le *dominus dotis*. » Sur quels arguments se basent donc ces auteurs pour refuser au mari la propriété des biens dotaux ? Toute propriété, disent-ils, comporte : 1° la perpétuité, 2° le pouvoir d'aliéner, 3° le droit aux produits de la chose, 4° le droit d'avoir pour soi cette chose. Or, dit Donellus, vous ne pouvez pas dire que le mari est propriétaire perpétuel de la dot puisqu'il devra la restituer à la dissolution du mariage. D'autre part le mari ne peut aliéner les biens dotaux ; les fruits seuls lui appartiennent. Du reste le mari administre les biens de la dot comme les biens d'autrui, puisque lors de la dissolution du mariage, il devra rendre des comptes. Nous ne rechercherons pas quels sont les textes sur lesquels nos adversaires basent leur théorie ; nous allons réfuter de suite leurs arguments. Le mari, dit Doneau, ne possède la dot que *ad tempus*, or le caractère de la propriété, est d'être perpétuelle. Nous lui opposerons la loi suivante : « *Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat, ita contrahitur,*

(1) Donellus, Comment de *jure civili*. Lib. XIV, cap. IV.

(2) Meyerfedt : Comment *ad Pandect*. L. XXIII, T III.

ut semper apud maritum sit (1). Donc lorsque Doneau prétend que la dot est donnée pour un temps plus ou moins long, c'est-à-dire pour la durée du mariage, nous répondrons que la dot est perpétuelle, parce que cette perpétuité est dans le vœu du constituant et que du reste le titre de propriétaire des choses dotales est parfaitement conciliable avec la qualité de débiteur éventuel (2). Doneau ajoute : Comment pouvez-vous dire que le mari est propriétaire de la dot quand la loi Julia lui défend l'aliénation des choses dotales? Nous ferons remarquer en premier lieu que la prohibition de la loi Julia ne vise que le fonds dotal, et en second lieu, qu'il est faux de dire que celui-là seul est propriétaire qui peut aliéner. Ne savons-nous pas que le pupille ne peut aliéner les choses dont il est propriétaire.

Enfin, ajoute le même auteur, le mari n'est pas propriétaire de la dot puisque la loi lui refuse la propriété du trésor trouvé dans un immeuble dotal; il n'a donc pas plus de droits qu'un simple usufruitier. Ce raisonnement pêche par sa base, car le mari a la possession au moins provisoire (jusqu'à la dissolution du mariage) de tous les produits qui n'ont pas le caractère de fruits. L'usufruitier n'a pas cette possession.

Ainsi tombe toute l'argumentation de Doneau et des partisans de la propriété de la dot pour la femme. Remarquons en terminant, que dans les textes sur lesquels se basent nos

(1) XXIII, III, D. Loi. 1.

(2) Pellat, op. cit. p. 53.

adversaires, le mot dot est pris pour le droit à la dot. Nous nous contenterons de répéter les paroles d'Hugolinus : « La femme est qualifiée de propriétaire à raison de l'espérance qu'elle a de le devenir un jour ; elle est encore ainsi appelée parce qu'elle jouit de la dot en commun avec son mari et que les revenus servent à subvenir à ses besoins. »

Telle est l'opinion de de Savigny. (1) De son côté M. Demangeat dit que : la femme qui n'a pas pour le moment la propriété du fonds dotal, se trouve avoir dès à présent dans la réalité des choses, un avantage analogue à celui que procure la propriété des choses : ce qu'elle a vaut mieux au point de vue de la stabilité que l'avantage attaché à la qualité d'usufruitier (2). Pothier avait écrit que c'est en considération de la restitution de la dot qui doit lui être faite un jour que la dot est parfois appelée dans les textes : le bien, le patrimoine de la femme.

Le mari est donc seul propriétaire de la dot. Seul il peut revendiquer les biens dotaux contre les tiers détenteurs. Du reste nous verrons bientôt que la loi Julia avait dû intervenir pour défendre au mari l'aliénation des immeubles dotaux, sans le consentement de la femme : n'est-ce pas une reconnaissance expresse de son droit de propriété.

Le mari est propriétaire des choses dotales estimées au même titre que de celles qui ne l'ont pas été : la seule différence entre ces deux classes de biens est que lors de la dissolution du mariage

(1) De Savigny : *Traité du droit romain*, tome II, p. 114.

(2) Demangeat : *Fonds dotal en droit romain*, p. 66.

le mari doit rendre en nature les biens non estimés et la valeur de ceux qui ont été soumis à une estimation.

Comme tout propriétaire, le mari devient propriétaire des fruits des biens dotaux à moins que ces fruits n'aient été compris dans la constitution de dot. Le croît des animaux lui appartient donc.

Il n'en est pas de même du part des esclaves.

Le droit d'aliéner les biens dotaux, conséquence du droit de propriété, ne tarda pas à être limité pour le mari. Le législateur fait cette défense au mari et non à la femme, ce qui prouve bien qu'à ses yeux le mari était toujours le propriétaire de la dot. La femme n'avait donc qu'une créance, une action personnelle garantie par cette inaliénabilité du fonds dotal : tandis qu'autrefois elle abandonnait ses biens pour toujours, désormais elle est créancière des biens dotaux. Nous verrons plus loin que ce droit de créance fut renforcé de tant de privilèges qu'il finit par équivaloir en fait à un droit de propriété.

Cette inaliénabilité fut déclarée par Auguste dans la loi *Julia de Adulteriis*, en l'an 737. A cette époque, épuisée par des guerres continuelles et sanglantes, décimée par les discordes civiles et surtout gangrenée par la corruption la plus honteuse, la population romaine donnait les signes évidents d'un affaiblissement rapide. Faciliter les mariages, tel fut le seul but auquel tendirent les lois de cette époque. Par la loi Julia, Auguste excite les hommes au mariage en décrétant des lois sévères contre l'époux adultère et en même temps il rassure les femmes en mettant à l'abri la partie la plus importante de leur dot.

En ce qui concerne les meubles dotaux, le droit de propriété du mari reste intact; les textes qui se rapportent à la loi Julia ne parlent que du *prædium dotale* (1). Nous savons d'autre part que le mari solvable peut affranchir un esclave sans le consentement de sa femme (2).

Il est bon de remarquer que la loi Julia ne donne pas à la femme un droit de copropriété sur la dot; elle ne fait que limiter la propriété du mari. Nous devons aussi dire de suite que cette loi ne s'appliquait pas aux immeubles dotaux estimés, car l'estimation en valait vente au profit du mari. La vente enlève à l'immeuble son caractère de dotal dont se revêt le prix de l'aliénation. Le mari pourra donc disposer à son gré des immeubles dotaux ainsi estimés; les risques seront à sa charge. Certaine estimation n'emportait pas vente au profit du mari; nous voulons parler de l'estimation *taxationis causâ*, qui fixait à l'avance la somme que le mari devait payer si, par sa faute, l'immeuble estimé périssait en tout ou en partie.

La loi Julia était encore inapplicable aux fonds provinciaux ayant le *jus italicum*.

Voyons maintenant quelles étaient les dispositions de la loi Julia et comment elles se développèrent sous l'influence de la Jurisprudence.

(1) Gaius. C. II, p. 3. *Institutes* Liv. II, T. VIII.

(2) XL. I, Dig. Loi 21.

La loi Julia défend au mari d'aliéner les biens dotaux sans le consentement de sa femme ; consentement exprès ou tacite qui pouvait se manifester d'une façon quelconque. Ce principe est placé dans le 29^e chapitre de la loi, les 28 premiers ne traitant que de l'adultère. D'après les Institutes et le Code, la loi Julia aurait contenu, en outre, la défense d'hypothéquer l'immeuble dotal, même avec le consentement de la femme. Cette seconde prohibition est aussi naturelle et aussi logique que la première, car la femme se faisant illusion sur la solvabilité future de son mari aurait pu consentir à une hypothèque dont elle méconnaissait tous les dangers. Quoique bien logique, cette prohibition ne fut pas promulguée par la loi Julia, comme semblent l'affirmer certains jurisconsultes du Bas-Empire. Cette prescription est postérieure à la loi Julia. En tout cas, elle était inconnue sous Auguste ; car, à cette époque, la seule garantie réelle consistait en une *mancipatio* ou une *cessio in jure* avec clause de *fiducie*. Nous croyons que la source de cette prohibition se trouve dans le senatus consulte Veilléien qui défendait aux femmes d'intercéder, c'est-à-dire de s'obliger ou d'obliger leurs biens pour autrui. Lorsque le mari hypothèque le fonds dotal pour acquitter une dette de la femme, celle-ci peut parfaitement concourir à l'acte, car ce faisant elle n'intercède pas pour autrui (1).

Pour qu'une aliénation tombe sous le coup de la loi Julia, il faut : 1^o que l'immeuble soit dotal au

(1) Accarias, op. cit. I. p. 826.

moment de l'acte translatif de propriété ; 2° que la femme n'ait pas donné son consentement ; 3° que l'action *rei uxoriæ* dont nous parlerons plus loin appartienne à la femme.

Un immeuble était dotal lorsque la femme, ou son père, ou un étranger l'avait constitué en dot au mari. Le fonds dotal pouvait être une propriété non bâtie ou en construction, à la ville ou à la campagne : *prædium urbanum vel rusticum*. Gaïus nous dit que le fonds est dotal dès lors que le mari a ce fonds *in bonis* ; il n'est donc pas nécessaire qu'il ait le domaine quiritaire (1). Il explique que celui qui a l'*in bonis* peut être *dominus*, par cette raison que la propriété autrefois une à Rome comme chez les autres peuples s'est ensuite scindée en deux espèces.

La loi Julia était sans forces lorsque la femme (même en puissance) avait consenti à l'aliénation. Le consentement du père n'était jamais suffisant même en cas de dot profectice.

La loi Julia était inapplicable lorsque l'aliénation était forcée, c'est-à-dire lorsqu'elle se produisait indépendamment de la volonté du propriétaire. Paul nous en donne un exemple : « La loi Julia, dit-il, n'a pas d'exécution dans le cas où, faute par le mari de donner caution à un voisin qui a des raisons de redouter la chute d'une maison dotale, ce voisin aura été mis en possession de cette maison par deux décrets » (2).

Nous trouvons un autre exemple dans le Code (3). La femme avait apporté en dot un droit indivis

(1) Gaïus, Comm. II, par 40.

(2) XXIII, III D. Princ.

(3) Code, V, XXIII, loi 2.

sur un fonds. Après le mariage le copropriétaire réclame le partage et le fonds lui est adjugé. Ce partage constitue encore une aliénation forcée.

Lorsque le mari tombe en servitude, ses biens passent aux mains de son maître, mais celui-ci ne peut aliéner les biens dotaux.

Le fisc ne pourra pas vendre les biens dotaux qu'il a confisqués (1).

Lorsque le mari contracte une société *totorum bonorum* tous ses biens entrent dans l'actif de cette société, mais les immeubles dotaux y conservent leur caractère d'inaliénables.

L'inaliénabilité du fonds dotal entraînait comme conséquence son imprescriptibilité. Laisser subsister l'usucapion c'eût été permettre au mari de faire indirectement ce qu'il ne pouvait faire directement. Cette règle trouvait une exception dans le cas où la prescription avait commencé avant le mariage. Le mari qui laissait la prescription s'accomplir était responsable, mais la femme n'en perdait pas moins la propriété. La *datio in dotem* d'un fonds possédé par un autre était possible au moyen de la *cessio in jure*. Quoi qu'il en soit, les motifs de cette exception ne sont pas bien certains. Il est possible, selon M. Labbé, qu'on se soit dit : quand le tiers possesseur est *in causâ usucapiendi* avant le mariage, il est moins à craindre que l'usucapion cache une aliénation du fonds dotal. Cette exception à l'imprescriptibilité du fonds dotal a passé dans notre

(1) Ulpien XXIII, V, D. Loi 2.

droit (1). Mais notre régime du contrat de mariage n'admet pas la dotalité et par suite l'inaliénabilité d'un immeuble avant le mariage; chose parfaitement possible en droit romain..

L'aliénation d'un immeuble dotal faite au mépris de la loi Julia, était entachée de nullité, mais d'une nullité subordonnée à la question de savoir si l'immeuble devait faire retour à la femme, car cette loi Julia avait été faite en faveur de la femme. Par conséquent le père qui reprenait la dot profectice ne pouvait pas l'invoquer.

Réformes de Justinien

L'empereur Justinien défendit au mari d'aliéner et hypothéquer les biens dotaux, même avec le consentement de la femme. De plus, il étendit ces prohibitions aux immeubles provinciaux que la loi Julia avait laissés de côté.

La novelle 61, renferme une nouvelle décision de Justinien, au sujet du fonds dotal, mais comme elle est la contradiction de toutes les dispositions qu'il avait autrefois édictées, certains jurisconsultes ont refusé de l'admettre. Cette novelle permettait l'aliénation et l'hypothèque du fonds dotal, lorsque le mari possédait une certaine richesse et après un nouveau consentement de la femme intervenu deux ans après l'acte translatif de propriété. Il fallait que les biens du mari fussent suffisants pour assurer le recouvrement de la dot.

Nous reparlerons dans un dernier chapitre de ces réformes de Justinien.

(1) Code civil : article 1561.

2° Droit de la femme

Après avoir étudié les droits du mari sur la dot, nous devons examiner quelle était la nature du droit de la femme.

Nous avons déjà dit que la femme n'avait aucun droit de propriété sur les biens dotaux. Selon l'expression de M. Gide, la femme avait un avantage de fait, plutôt qu'un droit proprement dit et un avantage moral plutôt que pécuniaire. « Voici, dit cet auteur, en quoi cet avantage consiste : c'est grâce à sa dot que la femme s'est mariée, et c'est la conservation de cette dot qui assure le maintien du mariage et prévient le divorce; or, ce mariage, c'est le *consortium omnis vitæ*, c'est-à-dire que la femme participe, dans le mariage, non seulement à l'aisance ou aux richesses de son mari, mais à ses distinctions sociales, à ses privilèges, à ses dignités et tous ses avantages matériels et moraux, c'est en définitive à sa dot qu'elle les doit (1) ».

Nous avons dit plus haut que cet avantage se transforme en un droit de créance, égal à un droit de propriété par suite des privilèges et des garanties dont il fut entouré.

La femme a donc le droit de vivre *ex re mariti* ; elle peut exiger que les revenus de sa dot soient employés à subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants. En un mot, ils doivent servir tout aussi bien à son profit qu'à celui de son mari (2).

(1) Gide, conditions de la femme, p. 523.

(2) XXIII, III, D. Loi 75.

CHAPITRE VIII

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

Nous abordons ici l'étude de la question la plus importante en matière de dot : nous voulons parler de la restitution.

La dot profectice a des règles spéciales que nous examinerons au fur et à mesure qu'elles se présenteront.

I. *Restitution anticipée*

Remarquons en passant que la restitution de la dot peut avoir lieu même avant le mariage. Nous voulons parler du cas spécial où le mariage (en vue duquel la dot a été constituée) n'a pas été célébré. Le fiancé doit restituer ce qu'il a reçu : c'est-à-dire retransférer au constituant par le moyen d'une *datio* la propriété donnée en dot. En cas de refus du fiancé, le constituant aura une *condictio ob rem dati re non secuta*. La constitution dotale faite par *dictio* et par *promissio* est entachée de nullité lorsque le mariage n'a pas lieu, car elle est subordonnée à sa célébration. Nous croyons inutile d'examiner davantage cette hypothèse.

La dot ne doit pas être réclamée au mari pendant le mariage, car, nous avons déjà dit :

« *Dotis causa perpetua est.* » La femme ne pourrait donc pas réclamer au mari le montant de la dot et d'autre part le mari ne peut rendre la dot, deux règles qui demandent un mot d'explication :

1° La femme ne peut, pendant le mariage, demander la restitution de sa dot : parce que le mari doit subvenir aux besoins de la femme en utilisant les revenus de la dot. Il y a pourtant une exception à cette règle. La femme peut demander la restitution de la dot pendant le mariage lorsque l'insolvabilité du mari la met en péril (1). Lors donc que le mauvais état des affaires du mari fait craindre à la femme de ne pouvoir retrouver le montant de sa dot lors de la dissolution du mariage, la loi lui permet de demander la restitution en se servant de l'action qu'elle aurait eue en cas de divorce. Cette dernière règle fut abolie (2).

En cas de dot réceptice la femme ne pouvait demander la restitution en se basant sur le mauvais état des affaires du mari, car elle n'avait aucune action hors de la dissolution du mariage par le divorce : le tiers constituant seul pouvait agir.

2° La dot ne peut être rendue pendant le mariage, telle est la deuxième conséquence du caractère perpétuel de la dot, *dotis causa perpetua est.* Il est facile de voir que cette deuxième règle fut établie dans l'intérêt de la femme. Le législateur, craignant que la femme

(1) Ulpien XXIV, III, D Loi 24.

(2) V, III, Code, loi 30.

mise en possession de la dot ne se livrât à des dépenses exagérées, a décidé que le mari ne pourrait pas la restituer avant la dissolution du mariage. Cette prohibition se rattache au principe général qui interdit aux époux de faire toute convention en vue de changer la destination de la dot. Certains auteurs la rattachent au principe de la prohibition des donations entre époux.

Nous croyons que cette opinion n'est pas la vraie et pour les raisons suivantes :

1° Nous ferons d'abord remarquer que la loi a toujours en vue l'intérêt du donateur lorsqu'elle prohibe une donation quelconque. Quand la donation est faite malgré la prohibition, nous savons que le donateur peut en demander la nullité. Par conséquent, lorsque le mari restituait la dot malgré la défense qui en était faite, si cette prohibition de restitution anticipée se rattachait au principe plus général de la prohibition des donations entre époux, il pouvait demander la nullité de l'acte. En était-il ainsi ? Non, puisque le mari n'était même pas libéré et pouvait même encore être poursuivi comme s'il n'avait pas restitué la dot.

2° Nous pouvons dire en second lieu que la restitution anticipée n'est pas une donation ; elle est un paiement anticipé, ou, si l'on préfère, le paiement d'une dette avant l'échéance.

Nous lisons dans un texte du Digeste que « si le mari doit à sa femme une somme payable à un certain terme, il peut la lui payer de suite sans craindre que ce paiement

anticipé soit considéré comme un avantage fait à sa femme (1).

Il y a entre la prohibition de la restitution anticipée de la dot et celle des donations entre époux, un point de ressemblance qui explique comment certains auteurs ont fait de la première prohibition une conséquence de la seconde. Cette ressemblance consiste en ce que le mari peut répéter la dot ainsi restituée comme il peut répéter la donation faite malgré la prohibition.

Cette prohibition, instituée sous Auguste par les lois Julia et Pappia Poppœa admettait certaines exceptions bien naturelles, car, même pendant le mariage, les époux pouvaient être forcés de régler leur situation respective.

1^o La première exception a lieu lorsque la femme a des dettes. La dot peut lui être rendue « *ut æs alienum solvat.* » Mais pourtant la loi 28 de *pactis dotalibus*, décide qu'on ne peut convenir pendant le mariage qu'un créancier de la femme sera payé sur les fruits du fonds dotal, à *fortiori* sur le capital. Nous expliquerons cette exception en supposant que la femme n'a pas de biens paraphernaux dont la vente pourrait faciliter le paiement de ses dettes, et alors le mari vient à son secours en lui restituant sa dot ou du moins une portion dotale suffisante à sa libération.

2^o Lorsque la femme doit subvenir à ses besoins et entretenir ses esclaves, la dot peut lui être restituée *ut se suos aleat*. La dot,

(1) XXIV, I, D. Loi 31, 6.

d'après Paul, peut être rendue à la femme pour qu'elle puisse se nourrir elle et les siens (1). Par *suos* il faut entendre non pas les enfants, mais ceux qui sont sous sa puissance, ses esclaves (2).

3° La femme peut encore recevoir sa dot avant la dissolution du mariage *ut fundum idoneum emat*. Nous ne pouvons passer sous silence les nombreuses controverses qui se sont élevées sur les sens du mot « *idoneum* ». Certains auteurs pensent que par *fundum idoneum* la loi veut désigner un fonds solvable, un fonds susceptible de garantir une dette, c'est-à-dire un fonds qui peut être hypothéqué.

Voici quelle serait l'hypothèse : Le créancier d'une femme exige un paiement immédiat et refuse tout délai. Le mari vient au secours de la femme en lui rendant sa dot : la débitrice pourra acheter un immeuble sur lequel elle constituera une hypothèque à son créancier. Mais est-il bien vrai que les mots *fundus idoneus* signifient un bien susceptible d'être hypothéqué ? Nous croyons que la traduction de *idoneus fundus* est : bien propre à remplir un but proposé. Ne serait-il pas préférable de donner à l'expression *fundus idoneus* le sens suivant : fonds qui remplit le but proposé, c'est-à-dire un fonds convenable, un fonds de bon rapport. Le mari, en restituant la dot à la femme, permettrait à cette dernière de faire un bon placement en achetant un fonds

(1) Paul XXIII, III, D. Loi 73, 1.

(2) Ulpian XXIV, I, D. Loi 21, 1.

de bon rapport, *fundus idoneus*. Notre explication est d'autant plus plausible que les Romains regardaient comme très avantageux le placement d'argent en achat d'immeubles.

4° Le mari peut encore faire une restitution anticipée de la dot lorsque son épouse veut secourir ou racheter de captivité des personnes qui lui sont chères. Ces personnes sont désignées par les textes (1), ce sont les ascendants, les enfants, les frères et sœurs. Mais la loi 73 *de jure dotium* cite l'*egentem virum*. Que faut-il entendre par ces mots de mari misérable? Cette expression ne désigne certainement pas le mari qui restitue la dot. Est-ce un premier mari dont la femme est séparée par le divorce par exemple; certains auteurs le pensent. Nous croyons plutôt que cette expression de *egentem virum* a été substituée à celle de *egentem ex alio viro filium*, et ainsi disparaîtrait toute opposition entre la loi 73 *de jure dotium* et la loi 20 *de soluto matrimonio* qui se sert de l'expression *liberis ex alio viro egentibus*.

Quelles sont les conditions nécessaires à la validité de cette restitution anticipée?

Le mari ne doit faire cette restitution qu'à la femme économe, sage, *non perdituræ uxori* (2).

En dehors de tous ces cas prévus par la loi, la dot doit rester entre les mains du mari jusqu'à la dissolution du mariage.

II. Restitution de la dot après la dissolution du mariage

Nous devons distinguer deux hypothèses bien distinctes : ou bien la dissolution a lieu pour

(1) XXIII, III, D. Loi 73.

(2) XXIII, III, D. Loi 73.

toute autre cause que la mort de la femme et c'est la loi d'intérêt public qui règle la restitution au profit de cette dernière; ou bien le mariage se dissout par le prédécès de la femme et alors la dot retourne au constituant lorsqu'elle est profectice.

1° Divorce. — Prédécès du mari

Lorsque le mariage se dissout par le divorce ou par la mort du mari, la femme doit reprendre sa dot car elle peut se remarier. Lorsqu'elle est *sui juris*, la veuve peut demander elle-même les biens dotaux aux biens du mari.

Si elle est encore en puissance, l'action *rei uxoriæ* (dont nous parlerons plus loin) appartient au *paterfamilias* mais celui-ci doit avoir le consentement de sa fille: *adjuncta filiae persona*. Ce n'est donc pas à titre de constituant que le père demande la dot aux héritiers du mari, mais à titre de père de famille, car en cette qualité il doit exercer les actions de ceux qui sont sous sa puissance. L'opposition de la veuve empêcherait toute poursuite de son père. D'autre part, la femme peut parfois exercer seule l'action en restitution de dot, même étant *alieni juris*, par exemple en cas d'absence, de démence du père.

Peu importe donc l'origine de la dot, serait-elle profectice, le père constituant ne peut la réclamer sans le consentement de sa fille en puissance; la fille *sui juris* peut réclamer seule le retour de la dot profectice ou adventive.

Remarquons encore que lorsque le père qui réclame la dot meurt avant la restitution,

l'action *judicati* passe non pas à ses héritiers mais à la femme qui seule peut exiger le paiement.

Troplong (1) pense que la femme doit représenter un acte pour réclamer valablement la restitution de sa dot. Nous ne le pensons pas : il lui suffisait de prouver par un mode quelconque que le mari avait reçu les biens dotaux (2).

2^o *Prédécès de la femme*

La dot reste au mari lorsque le mariage est dissous par la mort de sa femme : telle est la règle générale. Cette règle reçoit une première exception lorsque la dot est réceptice, c'est-à-dire lorsque le constituant a stipulé le retour ; un simple pacte suffisait pour donner à la dot ce caractère de réceptice. « *Adventitia dos semper penes maritum remanet, mortua in matrimonio muliere, præterquam si is qui dedit ut sibi redderetur stipulatus est. Quæ dos specialiter receptitia vocatur* » (3).

Cette règle trouvait surtout une exception importante dans la dot profectice :

III. *Retour de la dot profectice*

« *Mortua in matrimonio muliere, dos a patri profecta ad patrem revertitur* » (4).

(1) Troplong : Contrat de mariage 3020 à 3025.

(2) Code, *de rei uxoriæ actione*. Loi 1. I.

(3) Ulpien, titre VI, p. 5.

(4) Ulpien, *fragmenta* : VI, par. 4.

» *Jure succursum est patri, ut filia amissa
» solatii loco cederet si redderetur ei dos ab
» ipso profecta ne et filiae amissæ et pecuniæ
» damnum sentiret* (1).

La dot constituée par le père ou par un ascendant paternel retourne au constituant lorsque le mariage est dissous par la mort de la femme.

Telle est l'origine du retour légal.

Le législateur a voulu que le bien donné par un ascendant lui fasse retour ; il a voulu lui épargner, au moment où il était frappé dans ses affections les plus chères, le nouveau chagrin de voir passer dans d'autres mains les biens qu'il avait constitués en dot à son enfant prédécédé.

N'a-t-on pas cherché aussi à encourager les ascendants dans la voie de la générosité : « *prospiciendum enim est ne hac injecta formidine, parentum erga liberos munificentia retardetur* (2). Tels sont, croyons-nous, les principaux motifs de la faveur accordée au père qui a constitué une dot à sa fille.

Deux conditions sont nécessaires à l'exercice de ce droit de retour.

1° Il faut d'abord que la fille meure, *in matrimonio*, c'est-à-dire, engagée dans les liens du mariage en faveur duquel la dot a été constituée. Nous citerons de suite une exception à cette règle : Une fille qui a reçu une dot profectice meurt entre les mains des ennemis ; la dot retournera au père, quoi que son enfant ne soit pas mort *in matrimonio* (3). On arri-

(1) Pomponius. XXIII, III, D. Loi 6.

(2) Loi 2 au Code, *de bonis quæ liber.*

(3) XXIV, III, D. Loi 10.

vait à ce résultat par une fiction de la loi Cornelia qui permettait de considérer la femme morte, *in matrimonio*, un instant de raison avant la captivité.

Le mari essayait parfois de frauder le constituant : Ainsi, il répudiait sa femme malade ; celle-ci étant émancipée, à sa mort, la dot devait passer à ses héritiers, puisque le mariage avait été dissous par le divorce (1). Mais alors la loi venait au secours du père, soit en lui accordant une action utile, soit en décidant (2) que la dot lui ferait retour comme si la femme était morte *in matrimonis*. De cette manière les manœuvres frauduleuses du mari se trouvaient déjouées.

2° Il fallait en outre que le père constituant soit encore vivant au jour de la dissolution du mariage ; condition bien naturelle.

Le mari profitait de la dot profectice lorsque le constituant avait encouru une peine emportant la confiscation de ses biens, car dans ce cas il s'était montré indigne du bénéfice que la loi lui accordait.

Telles sont les règles spéciales à la dot profectice en matière de restitution.

Sur tous les autres points que nous allons étudier, la dot profectice et la dot adventice sont mises sur un même pied d'égalité ; nous nous servons donc comme dans les autres chapitres du mot général de dot.

(1) XXIV, III, D. Loi 59.

(2) XXIV, II, D. Loi 5.

VI Des choses qui doivent être restituées

1^o La dot consistait en choses fongibles.

Ulpien (1) nous dit « la dot consistant en choses qui se déterminent par le nombre, le poids ou la mesure, est restituée en trois termes, d'un an, deux ans, trois ans, à moins qu'il n'ait été convenu qu'elle serait rendue aussitôt après la dissolution du mariage ». Pour accorder ce délai, la loi s'est basée sur cette idée équitable que le mari ne saurait avoir immédiatement sous la main les mêmes quantités et qualités que celles des choses fongibles qu'on lui avait constituées en dot et qui ont été consommées par l'usage. Le mari n'est pas libéré en invoquant la perte de la chose fongible, parce que la chose perdue peut-être remplacée. Le constituant opposerait à cette excuse la maxime *genera non pereunt*.

La convention peut permettre au mari de payer moyennant un délai autre que celui de la loi.

2^o La dot consistait en corps certains. Le mari doit restituer les biens, meubles ou immeubles; les biens eux-mêmes. Ces biens constitués en dot sans estimation préalable sont rendus à la femme ou au constituant, mais le mari n'est tenu d'aucune indemnité pour la perte ou pour les détériorations survenues par cas fortuit. Lorsqu'il y a eu estimation, c'est-à-dire quasi-vente, le mari est considéré comme acheteur et doit rendre le prix fixé; la perte ou la détérioration survenue même par cas fortuit et sans sa faute ne peuvent le libérer de son

(1) Ulpien fragments VI, par. 8.

obligation ; les risques sont donc à sa charge en cas d'estimation des biens dotaux.

Que faut-il décider lorsque les époux ont fait la convention suivante : le mari rendra les choses mêmes données en dot ou leur estimation ?

Les parties n'ont pas décidé à qui appartiendrait le choix. Ce choix appartiendra au mari, qui est débiteur puisque telle est la règle des obligations. Si les choses périssent totalement, le mari devra payer leur estimation ; en cas de perte partielle il se libérera en rendant la chose dans l'état où elle se trouve.

3° Si nous étudions la restitution au point de vue des fruits, nous dirons que le mari ne doit pas les rendre. « *Dotis fructum ad maritum pertinere æquitas suggerit ; quum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est eum etiam fructus percipere* » (1). Le mari possède donc les fruits, les revenus de la dot ; n'est-il pas chargé de subvenir à toutes les charges du ménage. A moins d'une convention spéciale, il ne peut être forcé de rendre compte de l'emploi des fruits dotaux.

D'autre part, le mari doit restituer toutes les choses qu'il a acquises à l'occasion des biens dotaux lorsqu'elles n'ont pas le caractère de fruits ; telles sont : le trésor trouvé dans le fonds dotal, la part des esclaves donnés en dot, ou encore la chose léguée ou donnée à ces esclaves. Au contraire, le croît des animaux appartient au mari (2).

4° Comment s'opérerait la restitution lorsque la dot consistait dans une créance contre un débiteur

(1) XXIII, III, D. Loi 7. princ.

(2) XXIII, III, D. Loi 10. 3.

délégué ? Le mari rendait le montant de la créance en cas d'acquittement pendant le mariage, sinon il restituait l'action contre le débiteur. Le mari n'était pas responsable de l'insolvabilité du débiteur, à moins qu'elle n'eût été le résultat de sa mauvaise gestion. Ainsi la responsabilité du mari était engagée lorsque pouvant se faire payer il n'avait pas agi adroitement ou au moment voulu.

5° On peut affirmer que à l'origine l'action en restitution de la dot eut toujours pour objet de l'argent, puisque l'action *rei uxoriæ* était pénale à l'origine. Mais ce droit qui rendait le mari propriétaire des biens dotaux sauf à en devoir éventuellement la valeur en argent (valeur fixée naturellement au moment de la constitution de dot) disparut le jour où l'action *rei uxoriæ* devint une véritable action en restitution.

Le mari devint alors débiteur des corps certains qui composaient la dot; à ce moment sans doute fut créé *l'æstimatio dotis*.

Cette *æstimatio dotis* daterait, d'après M. Karlowa (1) de la fin de la République, car les jurisconsultes les plus anciens dont le Digeste rapporte l'opinion sur ce point sont Labéon et Méla (2).

V. Des rétentions exercées par le mari
(*Lex Mænia de dote*)

Nous verrons plus loin que lorsque fut née l'action *rei uxoriæ* qui avait pour objet la restitution de la dot, le mari put, de son côté, réclamer la punition des fautes conjugales de la

(1) Karlowa : *Romische Retschtigeschichte* II, p. 165.

(2) XXIII, 4. D. Lois 32 p. et 12. par. 3.

femme. En effet, après avoir répudié sa femme, il exposait au juge les griefs qui avaient motivé cette répudiation et ce dernier lui permettait de retenir tout ou partie de la dot ; cette retenue partielle ou totale était donc une condamnation contre la femme. Nous verrons encore que pour profiter de cette condamnation, le mari se servait d'une action appelée *actio de moribus*.

Toutefois, lorsque la dot était redemandée par l'action *rei uxoriæ*, il semble que l'action *de moribus* n'avait aucune existence distincte de la première. Le juge, en effet, absolvait le mari ou ne le condamnait qu'à une restitution partielle de la dot ; car, dit M. Esmein, à l'origine on déterminait moins ce que le mari pouvait garder que ce qu'il devait rendre. Plus tard, on renversa cette idée, et alors naquit la théorie des *retentiones* dont l'étude fait l'objet de ce chapitre. Mais avant d'entrer dans cette étude proprement dite, nous croyons nécessaire de rechercher quelle fut la loi qui créa ces *retentiones* ou pour mieux dire quelle fut la loi qui réglementa le régime dotal à Rome.

En 1866, un auteur allemand M. Voigt fit paraître un ouvrage (1) dans lequel il essayait de démontrer que la loi qui la première avait réglé le régime dotal à Rome était une certaine loi *Mænia*. Cette découverte importante mériterait pour son auteur les plus grands éloges si elle était fondée sur des bases sérieuses. Mais nous croyons qu'il n'en est pas ainsi et nous le prouverons plus loin avec Monsieur Gide (2).

(1) *Die Lex Mænia de dote*, Weimar, 1866.

(2) *Revue critique d'histoire et de littérature* 1868, p. 270.

M. Voigt a rencontré trois lois dont les noms se ressemblent beaucoup : la loi Mensia citée par Ulpien (1), une loi Mevia rapportée par Priscien (2) comme ayant été l'objet d'un discours de Caton et en dernier lieu une loi Mænia, dont parle Varron dans ses satires (3). Or, ces trois lois dont les noms se ressemblent, ne seraient qu'une seule et unique loi, la loi Mænia de dote : tel serait le véritable nom de la loi qui la première aurait établi les règles du régime dotal à Rome. Nous ne nous attarderons pas à rechercher si ces trois lois, quoique portant des noms différents, ne constituent qu'une loi unique ; nous accordons volontiers à M. Voigt, que cette différence de noms a sa raison d'être dans des erreurs de copiste ou dans des fautes d'orthographe ; en un mot, nous admettons l'existence de la loi Mænia. Mais il faut bien le remarquer, il n'en résulte pas que cette loi Mænia soit la loi dotale ; l'envisager ainsi, nous paraît au contraire impossible.

Pour le démontrer, il nous suffira d'examiner les différents textes sur lesquels l'auteur s'est appuyé pour constituer l'acte de naissance de la loi Mænia. Ces textes, nous l'avons déjà dit, sont au nombre de trois.

Le texte d'Ulpien qui traite de la loi Mensia est ainsi conçu : « *Lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet.* » Il ne s'agit ici que de la condition des enfants et il n'est nullement question du régime dotal ;

(1) Ulpien. Fragm. V, 8.

(2) Priscien. Inst. XII, 17.

(3) Ed. Riese, Lipsiæ 1865, p. 155, 156.

aucun des mots du texte ne touche ni de loin ni de près à la dot. Quelle sera la condition d'un enfant né d'un mariage spécial, telle est la question résolue par Ulpien. M. Voigt admet parfaitement qu'il en est ainsi mais il fait remarquer que du mariage à la dot il n'y a qu'un pas, que ces deux institutions sont intimement liées, et partant de cette constatation il déclare que la loi Mensia s'est transformée en une loi sur la dot. Cette transformation est inadmissible.

Le texte d'Ulpien invoqué par M. Voigt en faveur de sa thèse est conçu dans les termes suivants : *M Cato in legis Meviae suasionē* : « *Rex Seleucus arma nostratia fecit.* » Tandis que le texte d'Ulpien traite du mariage et que le mariage a certains rapports avec la dot, le texte de Priscien rapporte un fait bien étrange au régime dotal.

En effet, la conduite du roi Seleucus ne peut avoir aucune influence sur la dot romaine ; l'existence de la dot ne dépend nullement de la guerre aux Syriens. M. Voigt se sert pourtant de ce texte, il y entrevoit une loi sur la dot. Il est trop fertile en conjectures, s'écrit M. Gide, pour que cette question l'embarrasse, et voici le discours qu'il met dans la bouche du vieux Caton : « Vous venez de prendre aux Syriens leurs armes, » mais vous avez pris en même temps leurs » mœurs corrompues et le remède à cette corruption est dans la loi sur la dot que je vous » propose. »

Nous nous contenterons de dire que le texte de Priscien n'est pas plus concluant que le texte d'Ulpien en faveur de l'existence de la loi de dote.

En dernier lieu M. Voigt cite les fragments suivants des satires de Varron : I. *Contra lex*

*Mœnia est in pietate, ne filii patribus luci claro
suggilent oculos. — II. Si qui patriam, majorem
parentem, extinguit, in eo est culpa; quod
facit pro sua parte is qui se eunuchat aut
alioqui liberos (non) producit. — III. Nemo
est tam neglegens, quin summa diligentia eligat
asinum qui suam saliat equilam. — IV. Ad
biviram venio. Cum Vellem ostendere quid vellem,
Metamelos, inconstantiae filius, me reprehendit.*
(Les fragments V, VI, VII, VIII sont étrangers
à la question). — IX. *Neque in bona segete
nullum est spicum nequam, neque in mala non
aliquod bonum.* — Les fragments I et IV sont
plus spécialement étudiés par M. Voigt; ce sont
les seuls qui présentent un intérêt juridique.
Voyons de quelle manière ces deux textes sont
interprétés par cet auteur. Lorsqu'une femme
épousait un fils de famille, elle était soumise
non seulement à la puissance de son mari, mais
encore à celle de son beau-père : ce dernier seul
avait le droit de la répudier, mais ce droit fut
étendu au mari par la loi Mœnia. Tel serait le sens
des deux textes de Varron. Bivira désigne donc
la femme soumise à la puissance de son mari et
de son beau-père, c'est une femme qui a pour
ainsi dire deux maris. La loi Mœnia permet
au fils inconstant, de répudier sa femme malgré
l'opposition de son père. Mais il faut remarquer,
toujours d'après l'auteur, que la loi défend au
fils de plaider contre son père, tel serait le sens
des mots *Metamelos, Inconstantiae filius, me
reprehendit.*

Malgré la bonne foi de M. Voigt, nous refusons de croire que par le mot *Bivira*, les Romains aient entendu désigner la femme soumise

à la puissance de son mari et de son beau-père ; le mot *vira* ne devait pas s'appliquer également à l'épouse et à la bru. Il est difficile d'admettre que l'expression *luci claro suggillare oculos*, ait signifié plaider. En supposant même que cette interprétation des mots fût véritable, nous serions en droit de demander à M. Voigt à quelle époque du droit romain le *filius familias* était dans cette situation assez bizarre ; d'une part, il pouvait librement plaider contre son père et d'autre part, il n'avait même pas le droit de divorcer sans le consentement de ce dernier. Même dans le cas où toutes ces suppositions ne seraient pas invraisemblables, que résulterait-il de ces fragments. La seule conclusion possible serait la suivante : La loi Mænia régissait la puissance paternelle, mais en aucune façon le régime dotal.

Après cet examen des documents dans lesquels M. Voigt croit avoir trouvé l'existence de la loi dotale, nous sommes en droit de trouver exagérés les éloges que lui ont décernés certains auteurs allemands ; l'ouvrage de cet auteur peu être recommandable, quand à ses dissertations sur le régime dotal, mais non pas au sujet de la découverte de la loi Mænia de dot, car cette découverte nous paraît illusoire. C'est avec un regret profond, écrit M. Gide, que nous voyons des savants aussi zélés et aussi consciencieux que M. Voigt, épuiser leur temps et leurs forces en de vaines et chimériques recherches et gaspiller ainsi de véritables trésors d'érudition.

La théorie de M. Voigt est enseignée par certains auteurs allemands et en particulier par M. Kuntze(1).

(1) Kuntze. *Cursus den Romische Reicht*, par. 780. Lepzig 1880.

D'après M. Esmein (1) la loi qui aurait fixé le taux des *retentiones*, serait la loi *julia de adulteris*. Voici les arguments qu'il invoque en faveur de sa thèse. De tout temps l'adultère de la femme avait attiré une répression double : d'une part, une peine effective prononcée par le tribunal de famille, et d'autre part la privation d'une partie de la dot prononcée par un *judex* dans l'action de *moribus* : nous reviendrons sur ce point à propos des actions en restitution de dot. La loi Julia établit des règles fixes pour ces actions. Ne lisons-nous pas dans un texte du Digeste (2) que lorsque le mari est coupable de *lenocinium*, il ne peut exercer aucune rétention sur la dot et le texte ajoute que si quelqu'un prétend même qu'il résulte de l'esprit de la loi qu'en pareil cas le mari ne peut intenter l'action publique, il faut lui donner raison. Il y avait donc une loi qui réglait à la fois la *retentio propter mores* et le *crimen adulterii*, cette loi était la *lex julia*. Enfin, ne trouvons-nous pas dans la loi *julia de adulteriis* une disposition qui prohibait l'aliénation du fonds dotal italique. La chose ne doit pas nous paraître étrange, car le législateur, s'occupant du crime de l'adultère avait été conduit à s'occuper du divorce, et par conséquent de la restitution de la dot.

Le mari avait donc le droit d'exercer certaines rétentions qui diminuaient le montant de la restitution de la dot.

(1) Esmein, Mélanges d'histoire du droit et de critique. Paris 1886, page 150.

(2) XXIV, III. D. Loi 47.

Les causes de retenues sur la dot, sont au nombre de cinq : *propter liberos, propter mores, propter impensas, propter res donatas, propter res amotas.*

1° Rétention propter liberos

Lorsque la femme ou le père sous la puissance duquel elle se trouvait, était cause du divorce, le mari avait le droit de retenir un sixième de la dot pour chaque enfant, sans pouvoir cependant dépasser trois sixièmes. En permettant cette retenue, la loi a voulu punir la femme ; par conséquent, elle ne serait pas exercée quand le divorce avait été causé par une faute du mari.

Cette rétention constituait une indemnité pour le mari qui continuait à supporter les charges du mariage.

Remarquons que dans cette rétention, le mari ne pouvait agir que par voie de retenue et non par voie d'action, tandis que les autres causes qui motivent les autres lui permettaient d'user de ce dernier moyen.

2° Rétention propter mores.

La cause de cette rétention résidait dans une atteinte aux mœurs commise par la femme. Suivant la gravité de sa faute, la femme perdait un sixième ou un huitième. D'autre part, les mauvaises mœurs du mari faisaient perdre à ce dernier soit deux ans, soit un an de jouissance de la dot ; mais si la dot devait être restituée immédiatement le mari, devait restituer avec la dot une quantité de fruits correspondante au

temps de jouissance dont il était privé lorsque la dot était restituable par termes. La sanction de cette pénalité consistait dans l'exercice de l'action « *judicium morum actio de moribus* ».

Bien entendu la peine pouvait aussi être exigée par voie de rétention.

3^o *Rétention propter impensas*

Le mari avait le droit de retenir sur le montant de la dot les dépenses qu'il avait faites pour la bonne conservation des biens dotaux. Ces impenses se divisaient en impenses nécessaires, impenses utiles et impenses voluptuaires. Les premières sont ainsi définies par Ulpien : « *Necessariæ sunt impensæ quibus non factis dos deterior futura est.* » Le mari pouvait en réclamer le montant tout entier non seulement par voie de rétention, mais encore par voie d'action, ou du moins par la *condictio indebiti*, mais seulement dans le cas particulier où le mari avait fait une restitution intégrale, car alors il avait rendu la dot augmentée d'une valeur qui devait au contraire en être diminuée. Les impenses utiles sont celles : *quibus non factis quidem deterior dos non foret, factis autem fructuosior effecta est.* » Le mari ne pourra retenir le montant de ces dépenses que lorsqu'elles auront été faites avec le consentement de sa femme ; sinon, il ne pourra en tenir compte que lorsque les facultés de la femme permettront ce remboursement. Le mari n'avait pas le droit de faire une retenue quelconque pour se payer des dépenses voluptuaires, ce sont celles « *quibus neque omissis dos deterior fieret, neque factis fructuosior effecta est.* » Donc ces impenses ne donnaient aucune action

au mari, même lorsqu'elles avaient été faites avec le consentement de la femme.

4° Rétention propter res donatas

Nous savons qu'en général la loi prohibait les donations entre époux, à part certaines exceptions assez nombreuses du reste. De plus, ces donations pouvaient être rendues valables lorsqu'elles étaient confirmées dans un testament. Bientôt, il suffisait que le donateur mourût sans avoir annulé la donation. Mais la règle générale subsistait toujours puisque le mari pouvait retenir sur la dot la valeur des choses qu'il avait données. Ce droit de rétention, n'était pas exclusif de l'action en revendication qui permettait au mari de reprendre la chose existant encore en nature, ni de la *condictio sine causâ* lorsque cette chose n'existait plus.

5° Rétention propter res amotas

Cette dernière cause de rétention était donnée en compensation du détournement que l'un des époux avait pu faire en vue du divorce. Ce détournement avait dû porter sur des choses appartenant à son conjoint (1) L'époux, victime du vol, avait à sa disposition une action *rerum amotarum*; mais le mari avait de plus à sa disposition un droit de retenue.

Rétention qui s'exerce sur la dot profectice

Il s'agit ici d'une retenue qui a lieu par suite du prédécès de la femme et non par suite de

(1) Ulpien, fragments VII, p. 2.

divorce. Voici quelle était cette rétention permise au mari : « *Dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis* (1).

Lorsque la femme mourait pendant le mariage, le mari, avant de restituer la dot au père constituant, pouvait retenir un cinquième de la dot profectice à raison de chaque enfant issu du mariage. Cette rétention constituait une exception importante à la règle suivante : la présence d'enfants n'était pas un obstacle à l'exercice du retour de l'ascendant paternel. Nous devons étudier dans ce paragraphe la solution d'une question très importante et sur laquelle s'est élevée une vive controverse entre les auteurs. Il s'agit de savoir si le mari devait garder la dot entière lorsqu'il y avait plus de quatre enfants. Cujas et Pothier pensaient que le mari n'avait pas ce droit ; mais ces auteurs étaient divisés sur la manière dont s'opérait la rétention partielle. D'après le premier de ces auteurs, le mari pouvait faire une rétention variable selon le nombre des enfants, mais le total de ces diverses retenues ne devait jamais dépasser le cinquième de la dot. Il calculait ce cinquième par une opération analogue à celle qui se faisait pour la *quarta* dont parlent les Institutes à propos de la *querela inofficiosi testamenti*. Ainsi le mari conservait $\frac{1}{5}$ pour un seul enfant, $\frac{2}{10}$ pour deux, $\frac{3}{15}$ pour trois, $\frac{3}{30}$ pour six..... de manière que toutes ces fractions fussent égales à $\frac{1}{5}$ quelque soit le nombre des enfants. Cette solution serait

(1) Ulpien VI, par. 4.

bonne si le texte avait parlé d'un seul cinquième, mais elle est inadmissible car Ulpien parle de cinquième au pluriel « *quintis* ». Le mari devait donc retenir autant de cinquièmes qu'il y avait d'enfants.

Pothier proposait la solution suivante : En présence d'un enfant, le mari retenait un cinquième; en présence de deux, la retenue était d'un cinquième sur les quatre cinquièmes restant; en présence de trois la retenue s'effectuait sur ce qui restait après la déduction d'un cinquième et du cinquième des quatre cinquièmes, etc. Ce calcul devait donc varier avec le nombre des enfants vivants : de cette manière la retenue pouvait toujours avoir lieu même en présence de plus de cinq enfants; n'était-ce pas correspondre ainsi à la volonté de la loi : *quintis in singulos liberos in infinitum relictis*. Telles sont les solutions proposées par Cujas et Pothier, solutions que nous ne pouvons admettre. Nous croyons en effet, que l'expression *in infinitum* ne signifie pas « d'une manière infinie » mais : « jusqu'à l'épuisement de la dot ». Le mari pouvait donc retenir la dot entière lorsqu'il y avait plus de cinq enfants survivants à la mère; s'ils étaient six, le résultat restait le même.

Cette rétention d'un cinquième par tête d'enfant est la seule qui soit mentionnée par les textes comme s'exerçant sur la dot profectice. Mais nous croyons aussi que le mari pouvait faire la retenue *propter impensas*.

Sous Justinien, le droit de déduction fut supprimé. Restèrent seules au mari les diverses actions qu'il possédait en cas de restitution sans retenue.

VI. Des actions en restitution de la dot

Ces actions sont au nombre de deux : l'*actio rei uxoriæ* et l'*actio ex stipulatu* : nous allons étudier ces deux actions accordées à la femme, au moyen de la comparaison.

Nous avons déjà dit que le caractère de la dot à l'origine était la perpétuité; peu à peu l'idée de sa restitution se fit jour, elle fut reconnue par la création de l'action *rei uxoriæ*. Cette action d'abord restreinte au cas de divorce fut bientôt étendue à un cas nouveau, le prédécès du mari.

Mais nous pensons que avant la création de cette action spéciale, l'usage s'était déjà introduit d'obliger le mari à la restitution de la dot au moyen d'une stipulation. L'action *ex stipulatu* aurait donc précédé l'action *rei uxoriæ*.

Ces deux actions quoique tendant au même but se séparaient par des différences profondes :

1° L'action *rei uxoriæ* était une action *bonæ fidei*, et de plus elle était *in bonum* et *æquum concepta*, c'est-à-dire que le juge avait les pouvoirs plus étendus, il devait juger *melius æquius* (1). en tenant compte de toutes les circonstances et en appréciant les torts de part et d'autre.

L'action *ex stipulatu*, c'est-à-dire l'action acquise à celui qui avait stipulé d'une façon spéciale la restitution de la dot, était au contraire *stricti juris* : le juge était donc renfermé dans les limites de la formule et dans les termes de la stipulation.

(1) Cicéron, *de officiis* : III, 15.

2° L'action *rei uxoriæ* était strictement personnelle à la femme ; elle ne passait à ses héritiers que si le mari avait été mis en demeure.

La stipulation au contraire donnait à la femme un droit transmissible à ses héritiers.

3° Le mari pouvait invoquer le bénéfice de compétence lorsqu'il était poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, à moins qu'il n'ait dissipé ses biens dans le but de nuire à la femme. (1) Car, dans ce cas, nous dit Cujas *dolus pro facultatibus est*.

Ce bénéfice de compétence n'était jamais accordé au mari poursuivi par l'action née de la stipulation.

4° Lorsque des choses fongibles ou des quantités avaient été constituées en dot, le mari avait un délai de trois ans (restitution d'un tiers par an) pour restituer lorsqu'il était poursuivi par l'action de *rei uxoriæ* : « *Dos, si pondere, numero, mensurave contineatur, annua, bima, trima die redditur, nisi ut præsens reddatur convenerit.* » (2)

Lorsque le mari était tenu par un contrat *verbis*, aucun délai ne lui était accordé pour restituer la dot, à moins de convention contraire.

5° L'action *rei uxoriæ* permettait au mari d'exercer certaines rétentions sur la dot ; l'autre action ne lui donnait pas ce bénéfice. Cependant il pouvait obtenir ces retenues, en dehors de celle *propter liberos*, en se servant des actions *de moribus, rerum amotarum, ad exhibendum, mandati*, autant de moyens de défense qui

(1) Loi unique, par. 7 au code; *de rei uxoriæ actione*.

(2) Ulpien *fragmenta* VI, par. 8.

appartenaient du reste au mari défendeur à l'action *rei uxoriæ* quand il avait négligé de faire les rétentions admises par la loi.

6° Lorsque la femme avait bénéficié d'une disposition de dernière volonté faite en sa faveur par le mari, elle devait choisir entre le bénéfice de cet avantage et l'action *rei uxoriæ*; son choix terminé, elle devait, en donnant des fidéjusseurs, s'engager à ne faire aucune demande supplémentaire aux héritiers de son mari donateur.

Au contraire, lorsque la femme se servait de l'action *ex stipulatu*, rien ne l'empêchait de réclamer la restitution de sa dot avec le legs ou le *fideicommiss* que le mari avait fait en sa faveur.

Nous verrons plus loin que Justinien fondit ces deux actions en une seule; il réunit les avantages de l'action *rei uxoriæ* et de l'action *ex stipulatu* pour les attacher à une action de dote dont l'acte de naissance se trouve dans la constitution de 530 que nous examinerons dans un moment.

VII. Nature originelle de l'action *rei uxoriæ*

Après avoir ainsi établi les caractères particuliers de l'action *rei uxoriæ* et de l'action *ex stipulatu*, nous croyons devoir examiner rapidement quelle fut la nature originelle de l'action *rei uxoriæ*; cette question très importante est la source de vives controverses. Cet examen, du reste, est rendu nécessaire par la singularité des caractères de cette action. Nous ne pouvons nous contenter en effet de l'explication qu'en donnait récemment un auteur en

disant que l'action *rei uxoriæ* avec ses caractères particuliers correspondait parfaitement avec les besoins de la famille et de la société ancienne (1).

Divers systèmes sont en présence sur cette question de l'origine de cette action, nous nous contenterons d'examiner les plus importants.

1° Certains auteurs pensent que l'origine de l'action *rei uxoriæ* se trouve dans la jurisprudence des tribunaux de famille en matière de divorce. Aulu-Gèle et Valère Maxime nous rapportent qu'avant de chasser sa femme du domicile conjugal le mari devait décider avec l'assistance du *concilium* des membres de la famille quelle part de la dot lui serait rendue (2).

Cette théorie se base sur un discours célèbre de Caton où il était dit : *Vir cum divortium facit, mulieri judex pro censore est; imperium quod videtur, habet si quid perverse tetrequæ factum est a muliere, mulctatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit condemnatur*. D'après un auteur allemand (3) ce *judex* dont parle Caton ne serait autre que le *pater familias*; cette opinion est admise par un grand nombre d'auteurs.

Bientôt, à cause de la dissolution des mœurs, et de l'affaiblissement de l'ancienne organisation familiale, le *judex*, le père de famille dut être remplacé par le magistrat, et c'est par

(1) M. Karlowa : *Römische Rechtsgeschichte* II, Band. p. 221, 222.

(2) Valère Maxime II, 2, 9.

Aulu-Gèle XVII, 21, 44.

(3) Voigt. *Die lex Mænna de dote* p. 34, note 37.

conséquent à cette époque qu'aurait été créée l'action *rei uxoriæ*. Hâtons-nous de faire observer que cette théorie ne peut être admise malgré son ingéniosité. Comme le fait très bien remarquer M. Esmein (1) si une action est sortie du *judicium domesticum* c'est l'*actio de moribus mulieris* qui est en effet dirigée contre la femme tandis que l'action *rei uxoriæ* est dirigée contre le mari.

2° D'après un deuxième système qui compte un grand nombre de partisans, l'obligation de restituer la dot imposée au mari aurait d'abord eu pour simple sanction la *fides*, jusqu'à ce que, par suite d'une transformation cette sanction eut sa base dans l'action *rei uxoriæ*. Cette théorie quoique rationnelle ne peut nous satisfaire, car nous ne voyons pas clairement comment cette restitution de la dot d'abord régie par les mœurs devint une obligation juridique.

3° Nous préférons la thèse soutenue par M. Esmein.

D'après cet auteur, l'action *rei uxoriæ* fut d'abord une action pénale et le délit qu'elle réprimait était l'*injustum repudium* de la part du mari. Pour arriver à cette conclusion l'auteur se base sur ce point généralement admis que l'action dont il s'agit ne fut d'abord accordée que dans le cas de dissolution du mariage par le divorce. Beaucoup d'auteurs admettent ce principe fondamental de la théorie de M. Esmein (2).

(1) Nouvelle revue historique de droit français et étranger, mars 1893.

(2) Bechman, des romische Dotabrecht, I, p. 59.

Voigt, op. cit. p. 32, 33, 34.

Voici du reste le résumé des principaux arguments qui militent en faveur de ce système.

Nous remarquerons en premier lieu que l'action *rei uxoriæ* constitue avec les actions *injuriarum*, *sepulchri violati* et l'action de *effusis ejectis*, la catégorie des actions *in bonum et æquum conceptæ*. Or ces trois dernières sont des actions pénales, pourquoi donc la première ne le serait-elle pas? N'est-elle pas revêtue comme les autres du caractère fondamental de l'intransmissibilité active et passive : *de moribus actio ultra personam extendi non potest, nec in heredem dabitur nec tribuitur heredi*. Nous savons d'autre part que l'action de *moribus mulieris* existait parallèlement à l'action *rei uxoriæ* ; cette action avait pour but d'obtenir contre la femme, à raison de ses fautes conjugales, une peine pécuniaire qui pouvait être égale au montant de sa dot ; du reste Valère Maxime nous rapporte un cas d'exercice simultané de ces deux actions : « *Cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem quam impudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatum, dote spoliare conaretur, sumptus inter eos Judex (Marius), in conspectu habita quæstione, seductum Titinium, monuit ut incepto desisteret ac mulieri dotem redderet. Quod eum sæpius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronunciare, mulierem impuditiæ ream sestertio nummo, Titinium summa totius dotis condemnavit (1)*. »

Nous n'hésitons pas à donner à l'action *rei uxoriæ* le caractère de pénal qui appartenait à l'action de *moribus mulieris*.

(1) Valère Maxime VIII, 2 et 3.

Il est utile de faire remarquer que si d'après M. Esmein l'*actio rei uxoriæ* fut à son origine une action pénale, elle n'en visa pas moins dès le début la restitution de la dot. Cette restitution, dit-il, n'était pas son objet propre et juridique mais elle servait de mesure à la *pæna*. Bien que le montant en fût laissé à l'arbitraire du juge, l'action dut contenir dès le début une *taxatio* fournie par la nature même des rapports entre la femme et le mari. La peine prononcée contre le mari coupable ne devait jamais dépasser le montant de la dot qu'il avait reçue. En fait, la femme qui intentait l'action *rei uxoriæ* agissait en vue de la restitution de sa dot. Sans doute, toujours d'après le même auteur, juridiquement parlant elle n'était pas créancière de sa dot, elle ne pouvait en justice en obtenir le remboursement que sous la forme d'une *pæna* prononcée contre le mari et subordonnée à certaines conditions. On pouvait donc dire que la femme divorcée réclamait sa dot (*repetebat*) par l'action *rei uxoriæ* comme on pouvait dire que la personne lésée réclamait une indemnité par l'action *legis aquiliæ*. Cependant de part et d'autre le juge ne prononçait originairement qu'une *pæna*.

Nous croyons inutile de rapporter certains arguments indirects en faveur de cette théorie et nous abordons de suite l'examen d'une objection qui pourrait être opposée. Si le mari était *filius familias* et s'il avait reçu la dot sans l'ordre ni l'approbation de son père, l'action *rei uxoriæ* exercée à la suite d'un divorce postérieur était dirigée *de peculio* contre le père (1).

(1) XXIV, III, D. Loi. 22. p. 12.

Si la dot avait été reçue par le père lui-même, l'action était exercée contre ce dernier ou contre ses héritiers et non pas contre le mari, alors même que le divorce eût été prononcé à une époque où le mari n'était plus sous la puissance paternelle. Est-ce ainsi que devrait se comporter une action pénale fondée sur le seul fait d'un divorce injuste? Telle est l'objection qui pourrait être soulevée. M. Esmein fait d'abord observer qu'on ne voit pas très bien comment dans ce cas l'action était donnée *noxaliter* contre le père de famille, et il ajoute que ces décisions reposaient sur des principes nouveaux absolument différents des anciens. Sous l'Empire la dot devait être restituée par cela qu'elle avait été reçue.

Etiam si alii Jussu mariti dos detur nihilo minus maritus de dote obligatur. Dans le droit ancien, l'action *rei uxoriæ* était toujours dirigée contre l'auteur du divorce ou contre le père du mari lorsque ce dernier avait divorcé étant encore sous la puissance paternelle, car dans ce cas le père était responsable. Avec le système adopté sous l'Empire, les caractères de l'*actio rei uxoriæ* deviennent incompréhensibles, ce qui prouve bien l'introduction de cet élément, de ce principe nouveau que nous avons signalé plus haut.

Dans le droit classique, l'action *rei uxoriæ* est une action civile, mais avait-elle ce caractère à l'origine? Nous ne le croyons pas. L'action *rei uxoriæ* doit avoir une origine prétorienne comme les actions qui forment avec elle la classe des actions *in bonum et æquum conceptæ* : ces dernières en effet ne sont pas seulement pénales, elle sont encore d'origine prétorienne. Comment

cette action prétorienne à l'origine est-elle devenue civile dans le droit classique ? M. Esmein nous en donne l'explication suivante : Un certain nombre d'actions, prétoriennes originairement, devinrent civiles dans la suite lorsqu'elles furent consolidées par un long passé et qu'une jurisprudence certaine se fut amassée autour d'elles. Contre cette théorie, se dresse une objection basée sur ce fait que la loi *Æbutia* qui a permis au prêteur de créer des actions nouvelles est postérieure à l'action *rei uxoriæ*. M. Vlassak soutient que au contraire l'existence des actions prétoriennes est antérieure à la loi *Æbutia* : celle-ci aurait simplement donné la force de la chose jugée aux *iudicia* du prêteur en introduisant l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Nous serons moins audacieux et nous nous contenterons de dire que les actions pénales prétoriennes ont une date plus ancienne que la loi *Æbutia*.

Action civile et de bonne foi, l'actio *rei uxoriæ* est donnée *rei persecuendæ gratia*, son objet est désormais la restitution de la dot.

Cette transformation provient de plusieurs causes. Lorsque le mariage était dissous par la mort du mari, l'action *rei uxoriæ* ne se basait plus sur un délit, mais sur une coutume (1). Le mari léguait ordinairement sa dot à la femme survivante, s'il n'avait pas fait ce legs on donnait naturellement à la femme une action supplétoire, dans ce cas le principe de l'action *rei uxoriæ* était tout autre qu'en cas de divorce. Il y avait donc deux chefs distincts

(1) Esmein. *Mélanges*. p. 431.

d'une même action commandés par des principes différents.

Ils s'influencèrent réciproquement. L'action ouverte à la veuve, écrit le même auteur, action nécessairement *rei persecutoria* communiqua ce caractère à l'action ouverte à la veuve. Celle-ci à son tour transmet à la première quelques-uns des traits originaux qui lui étaient propres. C'est ainsi que l'action *rei uxoriæ* devint action de bonne foi, car devenue *rei persecutoria* et civile, elle conserva la formulé pénale : *quod æquius videbitur*, formule envisagée comme l'équivalent de la clause *ex bona fide*.

VIII. Des garanties accordées à la femme
pour la restitution de sa dot.

L'étude spéciale de ces garanties ne nous retiendra pas longtemps, car dans le cours de ce travail nous avons rencontré plusieurs des mesures protectrices. C'est ainsi que dans le chapitre VII qui traite de la condition de la dot pendant le mariage, nous avons rapporté et étudié de suite (pour plus de clarté dans l'examen des droits du mari et de la femme) certaines mesures protectrices de la dot.

1^o Nous avons vu que la loi avait *prohibé les donations entre époux*, afin d'empêcher le mari d'abuser de son empire sur la femme et d'obtenir de la faiblesse de cette dernière une renonciation quelconque aux droits qu'elle pourrait avoir lors de la dissolution du mariage et en particulier à sa créance en restitution de la dot.

2^o Au début de ce chapitre nous nous sommes arrêtés longuement sur le caractère de perpé-

tuité de la dot, dont la conséquence directe est la *prohibition de toute restitution anticipée de la dot*. Le législateur voulant protéger la femme mariée et craignant que mise en possession de sa dot, elle ne se livrât à des dépenses exagérées, défendait au mari de faire la restitution de la dot, et à la femme de la demander, avant la dissolution du mariage. Les exceptions à cette défense n'étaient autorisées que dans des cas bien rares et dans des circonstances exceptionnelles que nous avons du reste rapportées.

3° La troisième mesure de protection de la dot que nous avons rencontrée, réside dans la loi *Julia de adulteriis* qui proclamait l'inaliénabilité du fonds dotal, (voir pages 52, 53, 54, 55, 56, 57). Le mari ne pouvait, sans le consentement de sa femme, aliéner aucun immeuble constitué en dot.

4° Le sénatusconsulte Velléen, ajouta une nouvelle défense en faveur de la femme. Par suite d'une extension donnée à ce sénatusconsulte, le mari se voit interdite l'hypothèque des immeubles dotaux sans le consentement de son épouse. Bien entendu, l'hypothèque accordée par le mari sur les biens dotaux, avec le consentement de la femme, était valable lorsqu'elle était constituée dans l'intérêt de cette dernière. Rappelons-nous, en effet, que le sénatusconsulte Velléen ne prohibait que les engagements de la femme faits dans l'intérêt d'un tiers.

5° Nous arrivons au *Privilegium inter personales actiones* dont nous avons réservé l'étude : La loi Julia était bien une protection donnée à la femme

contre les tiers acquéreurs et les créanciers hypothécaires du mari ; il fallait la protéger encore contre les créanciers chirographaires, car autrement ceux-ci seraient venus concourir avec la femme sur le fonds dotal lui-même et auraient ainsi détourné à leur profit le bénéfice de la loi Julia qui n'avait point été faite pour eux (1). On permit alors à la femme de primer pour la restitution de sa dot tous les créanciers chirographaires du mari non-seulement sur les biens dotaux, mais aussi sur les biens personnels de celui-ci. Ce privilège complétait d'une façon intelligente et pratique les avantages que la loi Julia procurait à la femme pour la restitution de sa dot. Nous voyons, en effet, que la loi Julia lui procurait une revendication utile contre les tiers acquéreurs des biens dotaux, et ce privilège écartait tout trouble et tout ennui de la part des créanciers du mari. C'est donc avec raison que l'auteur précité a pu écrire : La femme avait à la fois droit de suite et droit de préférence. Elle avait, en un mot, presque tous les avantages de la propriété et cependant elle n'était point propriétaire, car sa revendication utile tout comme son privilège n'étaient que des moyens de faire valoir sa créance, des accessoires de sa créance. Elle n'était donc que créancière et le seul propriétaire de la dot, c'était toujours le mari.

IX. Innovations de Justinien

Quelle était la situation de la femme au point de vue de la restitution de la dot, lorsque Jus-

(1) Gide : Caractère de la dot, revue de législation 1872.

tinien se mit à l'œuvre? La situation était la suivante :

1° La femme possède un *privilegium exigendi*.

2° Le fonds dotal ne peut être ni aliéné ni hypothéqué.

3° La restitution de la dot est assurée à la femme, au moyen de l'*actio rei uxoriæ* et de l'*actio ex stipulatu*.

1° L'empereur Justinien, vit une première réforme à accomplir dans ce fait que la femme qui primait les créanciers chirographaires de son mari était primée à son tour par les créanciers hypothécaires de celui-ci. A cet effet, il promulgua la constitution de 529 (1). Nous n'entrerons pas dans l'examen des débats qui se sont élevés sur le sens et la portée exacte de cette constitution, et nous nous contenterons de dire que cette loi a conféré à la femme une hypothèque privilégiée : *volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem habere*. Cette loi accorde donc à la femme une action hypothécaire privilégiée au moyen de laquelle la femme reprendra les fonds dotaux de préférence à tous autres et pourra même les suivre entre les mains des tiers acquéreurs. La femme aura encore une action en revendication qu'elle pourra employer au lieu de l'action hypothécaire. Mais quelle sera donc l'utilité de cette deuxième action. Cette utilité va ressortir de l'explication suivante. Justinien donne une action hypothécaire à la femme sur tous les biens dotaux ; de la sorte elle

(1) Loi 30, code, *de jure dotium*.

pourra primer les tous les créanciers du mari. Cette faveur est logique, car n'oublions pas que si les biens dotaux tombent dans le patrimoine du mari, ils sont grevés d'une obligation de restitution à la femme, ce qui équivaut à la propriété naturelle de la dot pour la femme. Mais alors, c'est une action en revendication, et non pas une action hypothécaire que Justinien a procurée à la femme. Soit, n'est-ce pas le meilleur moyen de concilier les choses : on appellera action *in rem* ou action hypothécaire l'action introduite par Justinien. Cette solution est développée par M. Flayelle dans sa thèse de droit romain (1).

2° Nous avons vu que la femme bénéficiait de deux actions pour obtenir la restitution de la dot. Justinien supprima cette dualité en l'an 530 (2) et désormais la femme n'eut plus en son pouvoir que l'action *ex stipulatu*. Mais cette action lui est accordée de même qu'à l'ascendant paternel, sans qu'aucune stipulation soit intervenue entre les parties.

Cette nouvelle action avait plusieurs des caractères de l'action *rei uxoriæ*. Ainsi elle était *bonæ fidei* (3); elle n'entraînait condamnation que *in id quod facere potest maritus*, et elle était transmissible aux héritiers. A d'autres points de vue cette action ressemblait beaucoup à l'action *ex stipulatu* supprimée par Justinien. Ainsi elle passait aux héritiers même si le mari

(1) Flayelle, thèse de doctorat, Paris 1884.

(2) Loi 1, I, Code *rei uxoriæ atone*.

(3) Demangeat. Cours de droit romain II, p. 684.

n'avait pas été mis en demeure de restituer : enfin elle ne comportait aucune rétention.

Que doit-on penser de cette seconde réforme de Justinien ? Nous la croyons raisonnable. Le réformateur a voulu que la dot fût toujours restituable soit à la femme soit à l'ascendant paternel quand elle avait été constituée par lui, soit à leurs héritiers. L'action *ex stipulatu* était l'action qui correspondait le mieux à ce but. De plus, en instituant cette action Justinien supprimait les rétentions qu'il envisageait défavorablement.

3° La constitution de 530 établissait en outre au profit de la femme une hypothèque tacite et générale sur tous les biens du mari.

4° Enfin, dans la loi *de assiduis* en 531, Justinien déclara que l'hypothèque de la femme serait privilégiée et que dès lors elle primerait même les créanciers hypothécaires antérieurs au mariage.

5° Avant de terminer ce chapitre, nous devons dire un mot sur une réforme de Justinien dont nous avons déjà parlé à propos de la loi Julia (page 58). Tandis que toutes les réformes de cet empereur sont favorables à la femme, celle-ci semble plutôt contre ses intérêts. Voici en quoi elle consistait :

Dans la Nouvelle 61, Justinien décida que l'inaliénabilité du fonds dotal recevait une exception, la suivante : dans l'intérêt des époux, les immeubles dotaux pouvaient être aliénés ou hypothéqués moyennant deux conditions : 1° la femme devait renouveler son consentement au bout de deux ans ; 2° la fortune du mari devait

être assez grande pour assurer le recouvrement des biens de la femme.

Cette dérogation est si grave que certains auteurs se sont refusés de croire qu'elle avait été édictée par celui qui par ses réformes en vue de la protection de la dot avait mérité le surnom d'Uxoris.

X. Rapport de la dot

Le rapport ou *collatio bonorum* consistait dans l'obligation imposée aux descendants émancipés de partager leurs biens personnels avec les *sui heredes* qui arrivaient en même temps qu'eux à l'une des *bonorum possessiones contra tabulas* ou *unde liberi*. Il s'appliquait à tous les biens qui sans l'émancipation feraient partie de la masse successorale, c'est-à-dire à tout l'actif corporel ou incorporel formant au jour du décès le patrimoine de l'émancipé, mais sous la charge de toutes les dettes dont cet actif pouvait être grevé à la même époque (1). N'étaient pas soumis à cette loi du rapport : 1° les biens que l'émancipé avait reçus de son père *dignitatis causa* (2). — 2° la dot qu'il avait reçue de sa femme, quand même celle-ci serait déjà morte, car la dot correspond aussi à des charges (3). — 3° Les actions d'injures, parce qu'elles aboutissent à une réparation pécuniaire, réparation due à l'honneur. Telle était en peu de mots la théorie prétorienne sur la *collatio dotis*. De nombreuses modifications y furent

(1) XXXVII, VI, D. Loi 2. 1.

(2) XXXVII, VI, D, Loi 1, 16.

(3) XXXVII, VI, D. Loi 1, 20.

apportées par la jurisprudence et par les constitutions impériales.

Antonin le Pieux décréta que la fille *in potestate* devait rapporter sa dot (1). Remarquons qu'il ne fut fait aucune distinction entre la dot *adventice* et la dot *profectice*, bien que, dit M. Accarias, l'inégalité que cet empereur voulait faire disparaître n'était vraiment choquante que lorsqu'il s'agissait de la dot *profectice* (2).

Cette distinction fut faite par la jurisprudence sur un autre point. Elle décida en effet que la règle prétorienne d'après laquelle le rapport n'était dû qu'aux *sui*, serait maintenue pour la dot *adventice*. Mais désormais la dot *profectice* devait être rapportée non-seulement aux *sui*, mais encore aux enfants émancipés, de même ce rapport aura lieu sans qu'il soit nécessaire de distinguer si la fille dotée était elle-même émancipée ou non. Cette réforme était nécessaire à cause de son équité, n'est-il pas bien certain en effet que sans la constitution de dot, la masse de l'hérédité paternelle eût été plus conséquente et la part de chaque enfant plus forte.

Il est bien évident que durant le mariage la femme ne peut imposer à son mari une restitution anticipée ; elle ne fera donc aucun rapport mais elle prendra une part moindre dans la succession paternelle à moins qu'elle ne promette à ses cohéritiers le partage de sa dot lors de la dissolution du mariage (3).

(1) XXXVII, VII, D. Loi 1. in pr.

(2) Accarias, op. cit. II. p. 100.

(3) X, II, D. Loi 20 princ.

Sous Justinien le rapport a lieu non seulement dans la succession d'un ascendant mâle par les descendants *per masculos* puisque dans toute succession légitime échue, à quelque titre que ce soit, à ses descendants quelconques émancipés ou non, chaque héritier doit rapporter les biens qu'il a reçus du défunt et qui s'imputent sur la quarte légitime. Parmi ces biens figure la dot.

Parvenus à la fin de notre étude, nous voyons que les principes du retour de la dot profectice sont autant d'exceptions au régime dotal.

Au temps de la jurisprudence classique, le retour ne s'applique qu'à la dot profectice, et n'appartient qu'au père et aux ascendants paternels, naturels ou adoptifs ayant ou non la fille en puissance. En principe, la présence d'enfants ne met pas obstacle au droit de retour ; elle permet seulement au mari de faire certaines retenues.

Le motif qui avait fait admettre le retour était trop juste pour que cette disposition ne s'étendît pas.

En 428 une constitution de Théodose et Valentinien (1) applique ce droit aux donations faites *ante nuptias* par le père à ses enfants.

Plus tard, au IX^e siècle, une constitution de l'Empereur Léon le Sage (2) en élargit encore l'application à toutes les donations.

Mais désormais, pour qu'il y ait retour, il faut que l'enfant donataire meure en puissance et sans postérité.

Sous Léon le Sage comme sous Justinien l'ascendant paternel est toujours le seul qui ait droit au retour.

(1) Code V. LXI, loi 2.

(2) Nouvelle 25 *De emancipatione et dotis restitutione*

THÈSE FRANÇAISE

DU RETOUR LÉGAL

DE

L'ASCENDANT DONATEUR

BIBLIOGRAPHIE

- Aubry et Rau.** — *Cours de Droit civil.* Paris 1869.
- Baudry-Lacantinerie.** — *Précis de Droit civil.* Paris 1889.
- Benoit.** — *De la Dot.* Grenoble 1829.
- Chabot.** — *Commentaire sur la loi des successions.* Paris 1818.
- Delsol.** — *Explications du Code Napoléon.* Paris 1867.
- Demante.** — *Cours analytique du Code Napoléon,* annoté par M. Colmet de Santerre. Paris 1883.
- Demolombe.** — *Cours de Code Napoléon.* Paris 1872.
- Duranton.** — *Traité des Successions.* Paris 1834.
- Laurent.** — *Principes de Droit civil.* Bruxelles 1870.
- Loché.** — *Législation civile.* Paris 1827.
- Marcadé et Paul Pont.** — *Explications du Code civil.* Paris 1873.
- Massé et Vergé.** — *Droit civil français.* Paris 1860.
- Mourlon.** — *Code Napoléon.* Paris 1873.
- Pothier.** — *Œuvres annotées par Bugnet.* Paris 1861.
- Roussille.** — *Traité de la Dot.* — Paris 1856.
- Toullier.** — *Droit civil français.* Bruxelles 1829.
- Troplong.** — *Donations entre-vifs.* Paris 1865.

CHAPITRE I

HISTORIQUE DU DROIT DE RETOUR

Du droit romain le retour légal passa dans notre ancien droit; mais il est nécessaire d'établir une distinction entre les pays de droit écrit et les pays de coutume : car, tandis que dans les premiers nous retrouvons le droit de retour avec son ancien caractère, dans les seconds au contraire il est complètement modifié.

I. Pays de droit écrit

Dans tous les pays de droit écrit, le retour légal de l'ascendant donateur est encore soumis aux règles de la nouvelle XXV de Léon le Sage, mais seulement quant aux libéralités matrimoniales qu'il régit. Toutefois, si nous considérons quelles sont les personnes auxquelles il appartiendra désormais, nous rencontrons des diversités très grandes. Les Parlements interprètent la doctrine romaine de différentes façons. Seul le Parlement de Grenoble resta fidèle aux principes du droit romain; mais cependant nous ferons remarquer qu'il maintint la distinction entre les ascendants paternels et

les ascendants maternels, distinction supprimée par la novelle de Léon le Sage (1).

Au contraire, les parlements d'Aix et de Bordeaux accordent indifféremment le retour légal à tous les ascendants, mais à titre de grâce. Il n'y a pas de retour en faveur des collatéraux à moins d'une stipulation expresse. Cependant le Parlement de Toulouse dérogeant au droit commun accordait ce privilège aux frères et aux sœurs ainsi qu'aux oncles et aux tantes (2). Pothier (3) expliquait cette extension par une fausse interprétation de la loi 2 au Code des biens *quæ liberis*.

Les étrangers n'ont jamais droit à l'exercice du retour légal ; il fut décidé par le Parlement de Toulouse que même le beau-frère du donataire ne pouvait jouir de ce droit (4). Tous les Parlements de notre ancienne France étaient parfaitement d'accord sur ce point.

Bien entendu, pour que le retour légal soit exercé, il est nécessaire que le donataire soit prédécédé sans postérité ; en présence d'enfants, l'ascendant ne peut recueillir les biens qu'il a donnés, car dans ce cas la donation est présumée faite, non-seulement au donataire, mais encore aux enfants du donataire. Ce principe,

(1) Bretonnier sur Henrys. Liv VIII, chap. V. Question 30.

(2) Ferrière sur Duranfy. Question I.

Cambolas : Décisions notables du Parlement de Toulouse. Liv. I Chap. V. d'Olive : Questions notables de Droit. Liv. IV. Chap. VII.

(3) Pothier. Traité des donations entre vifs. Sect. 3. Art. 4.

(4) Parlement de Toulouse : 30 août 1656.

quoique reposant sur une base toute naturelle, fut l'objet de nombreuses discussions que nous croyons ne pas devoir étudier.

Nombreuses encore sont les controverses sur le point de savoir si le droit au retour légal est effacé par la présence d'enfants nés d'un autre mariage que celui pour lequel la donation avait été faite ; nous nous contenterons de dire que malgré les arrêts négatifs du Parlement de Toulouse, l'affirmative semble l'avoir emporté (1).

Avant d'examiner quelle fut la nature du droit de retour dans nos anciens pays de droit écrit, nous croyons utile de rappeler brièvement la grande diversité qui exista dans la jurisprudence des Parlements sur la question de savoir : si, la mort des des enfants du donataire arrivée avant celle du donateur, ne donnait pas naissance pour ce dernier au droit de retour. Du moment, dit un arrêt du Parlement de Dijon, qu'un enfant a été laissé, la donation a complètement changé de nature et est devenue le patrimoine de cet enfant et par conséquent, c'est l'héritier qui recueille cette donation à titre de succession. A côté de cette décision négative du Parlement de Dijon, nous rencontrons la jurisprudence toujours affirmative du Parlement de Toulouse (2). En regard de ces jurisprudences si sévères et si catégoriques dans leurs décisions nous en trouvons d'autres beaucoup plus conciliantes. Citons à titre d'exemple les Marseillais chez qui

(1) Lebrun : Successions Liv. I, chap. V, Section 2.

(2) Maynard. Recueil Liv. II, chap. XCIX.

le retour s'opérait pour une moitié seulement ; l'autre moitié allant à titre de succession à l'héritier ordinaire. Enfin les Parlements de Bordeaux et de Grenoble variaient dans leurs arrêts, car ils jugeaient tantôt en faveur du donateur, tantôt en faveur de l'héritier. Toute particulière est la jurisprudence du Parlement d'Aix qui refusait le retour pour la dot et l'accordait pour toutes les autres donations (1). Devant un tel désaccord nous comprenons l'exclamation de Bretonnier : « Quel est l'homme de bien qui ne fera des vœux pour qu'il plaise à Dieu d'inspirer au Roi de faire une loi unique pour régler toutes ces questions qui se jugent d'une façon si bizarre et si différente. »

Ne nous attardant pas à exposer les diversités qui existaient entre les arrêts des divers Parlements sur un grand nombre d'autres questions et dont l'examen nous entraînerait hors des limites que nous nous sommes tracées, nous allons examiner un point très important en cette matière, à savoir :

Quelle fut la nature exacte du droit de retour légal dans les pays de droit écrit ? En principe le retour légal était considéré comme grevant le droit de l'enfant donataire d'une condition résolutoire, pareillement, au retour conventionnel. « Il est fondé, d'après Furgole, sur une stipulation tacite, inhérente à la donation, et les biens donnés reviennent de plein droit *veluti*

(1) Arrêts des : 23 Novemb. 1609 — 40 Mai 1635 — 26 Avril 1623,

quodam jure postlimii » (1). Mais sur ce point encore la jurisprudence ne fut pas toujours d'accord avec le principe : ainsi, tandis que dans le ressort des Parlements de Bordeaux, de Toulouse et de Grenoble le droit de retour s'exerçait malgré les dispositions testamentaires ou entre vifs du donataire et nonobstant toute aliénation, le Parlement de Provence au contraire jugeait que les aliénations à titre gratuit seules ne faisaient pas obstacle à l'exercice du retour légal (2).

Dans le ressort de certains Parlements les pouvoirs de l'enfant étaient illimités puisqu'il pouvait aliéner même d'une manière irrévocable non-seulement à titre onéreux mais encore par donations entre vifs ou à cause de mort (3).

La grande majorité des Parlements et surtout ceux de Bordeaux, de Toulouse et de Grenoble jugeaient invariablement que l'ascendant donateur avait le droit de reprendre les biens donnés francs et libres de toutes charges (4).

En terminant ce rapide aperçu sur la nature du droit de retour dans les pays de droit écrit nous devons dire que les jurisconsultes firent

(1) Furgole. Question 42 sur l'ordonnance de 1731.

(2) Mourgues : Statuts de Provence p. 273.

Arnauld de la Rouvière, Traité du Retour. I. p. 39 et II, p. 57.

(3) Lebrun. Liv. I, chap. 5, section 2, n° 3.

(4) Maynard. Liv. II. Chap. XCH.

D'Olive : Liv. II. Chap. VIII

Cambolas ; Liv. I. Chap. V,

tous leurs efforts pour faire disparaître toutes ces diversités dans la jurisprudence des Parlements. Que les biens donnés au fils retournassent au père libérés de toutes charges, et que les aliénations faites par le donataire fussent révoquées en faveur du donateur ! tel était le vœu que formulait le jurisconsulte Lamoignon (1).

II. *Pays de Droit Coutumier*

Tout autre est le caractère du droit de retour dans les pays de droit coutumier, car ce droit n'a plus sa base dans la révocation d'une donation, mais dans un simple titre héréditaire : autrement dit, le retour légal, dans les pays de coutume, est tout simplement un droit successif par lequel l'ascendant donateur recueille, comme héritier, dans la succession de son enfant donataire, décédé sans héritiers, les biens qu'il lui a donnés.

Devenant ainsi le successeur, le représentant de son fils décédé sans enfants, le donateur devait tout naturellement, respecter les aliénations ainsi que les charges consenties par ce dernier sur les biens donnés.

Tel est à quelques exceptions près, le caractère général du droit de retour.

Un arrêt de Saint-Louis nous donne une preuve authentique de l'ancienneté du retour légal ; nous lisons en effet dans la *Conférence des Coutumes* que « par arrêt donné à la Pentecôte 1268, a été jugé que quand les enfants décèdent sans hoirs procréés de mariage, le don retourne aux donateurs et non aux prochains héritiers du dona-

(1) Lamoignon ; art. 61 du titre des Donations.

taire. » Dans le même siècle, Beaumanoir écrivait sur la Coutume du Beauvoisis, à propos du retour légal que « Male chose serait que le père et la mère perdissent en même temps leur enfant et le leur, » exprimant ainsi d'une façon naïve la pensée du jurisconsulte Pomponius qui écrivait que la loi voulant consoler le père survivant, lui permettait de reprendre la dot donnée afin qu'il n'eut pas le double chagrin d'avoir perdu sa fille et son argent. (1).

Pendant les XIV^e et XV^e siècles nous ne rencontrons aucune trace de l'existence du droit de retour ; aucune mention n'en est faite dans la première rédaction de la coutume de Paris (1510). A cette époque, les collatéraux ne primèrent-ils pas les ascendants qui, peut-être, perdirent ainsi en même temps et leurs droits propres et le retour légal.

Au XVI^e siècle nous voyons réapparaître le privilège de l'ascendant donateur ; le retour est de nouveau reconnu dans les coutumes, grâce à la campagne énergique que fit en sa faveur le grand jurisconsulte Dumoulin. Aux yeux de cet auteur, le retour légal avait toujours existé mais d'une façon tacite. Disons cependant que nous avons un arrêt rendu à cet époque qui semble juger contre le retour légal (2). Quoi qu'il en soit, il fut rétabli expressément dans la coutume réformée de Paris. En effet, à l'article 312 qui proclame

(1) Pomponius, Livre 23, T. 3. Digeste, loi 6.

(2) Chopin : *de moribus Parisorum*, tit, 3, n° 28. — année 1554.

la maxime Propres ne remontent jamais dans les termes suivants : « en succession en ligne directe propre héritage ne remonte et n'y succèdent les père, mère, aïeul et aïeule », on ajouta l'article 313 ainsi conçu : « toutefois succèdent aux choses par eux données à leurs enfants décédant sans enfants et descendants d'eux. »

Dès lors, le retour légal ne tarda plus à être adopté par un grand nombre de coutumes ; nous le rencontrons en effet dans les coutumes de Calais article 104, d'Orléans art. 315, de Vitry art. 81, de Noyon art. 22, de Laon art. 108, de Saint-Quentin art. 42, de Châlons art. 87 et 88, de Reims art. 27 et 28, d'Auxerre art. 241, de Montargis art. 9, de Melun art. 270, de Touraine art. 311, de Poitiers art. 285, du Grand Perche art. 156, du Nivernais chap. 27, art. 9, de Berry titre 19, art. 5, du duché de Bourgogne art. 44, de Saintonge art. 97, de Bayonne titre 9 art. 2, du Bourbonnais art. 314, de Valenciennes art. 108 et 109, et enfin du Cambrésis art. 19 (1).

Nous basant sur cette longue énumération, nous avons le droit de dire que le retour légal fut de droit commun, du moins au XVI^e siècle, dans les pays de coutume. Bien rares en effet, sont celles où ce droit est inconnu ou méconnu ; nous n'en connaissons que trois : en première ligne la coutume de Normandie, dont le silence nous fait supposer que le retour était inconnu dans son ressort ; en deuxième ligne, les coutumes du Maine et de l'Anjou qui décident que : « le don immobilier du père ou de la mère

(1) Rivals : Thèse de Doctorat, p. 60.

ne leur fait retour, au cas de prédécès du donataire sans postérité que pour l'usufruit seulement, la propriété appartenant aux collatéraux » (1).

Avant de passer à l'étude du droit de retour dans le droit intermédiaire, nous croyons utile de rechercher, comme nous l'avons fait pour les pays de droit écrit, quelle fut la nature du droit de retour dans les pays de coutume. Nous le ferons le plus brièvement possible.

Et d'abord, quelles furent les personnes bénéficiaires de ce privilège ? Ici encore nous ne pouvons que regretter la grande diversité qui exista entre nos anciennes coutumes et pour la clarté d'un examen succinct, force nous est de faire des catégories.

Nous rangerons dans une première catégorie la grande majorité des coutumes qui donnent le retour légal aux ascendants seuls, lorsque l'enfant donataire est mort sans enfants. Ce fait établi, nous facilitera la solution de quelques questions. Cet ascendant donateur, qui peut exercer le retour, doit-il être le parent le plus proche du *de cujus* ? Le jurisconsulte Denizart, se fondant sur le caractère du retour légal, (ce n'est plus un droit de résolution, mais un droit de succession), pense que le père du donataire sera toujours préféré à l'aïeul donateur dans la succession de l'enfant, car il succède à ses enfants; quant aux biens donnés non pas à titre de réversion, mais à titre de succession. D'autre part un autre juricon-

(1) Coutume du Maine, art. 288, de l'Anjou art. 270,

sulte Duplessis, soutient la théorie contraire dans les termes suivants : « un ascendant peut-être héritier du retour de la chose donnée, quoi qu'il ne soit point héritier mobilier, ayant un plus proche ascendant qui l'est » (1).

Nous ferons remarquer que cette dernière théorie fut enseignée par un grand nombre d'auteurs, et en particulier par Ferrière et Lebrun (2).

Non moins vive fut la controverse qui divisa les auteurs sur le point de savoir s'il y avait deux successions complètement distinctes, dans le cas spécial où l'ascendant donateur était appelé conjointement à la succession proprement dite et au retour légal.

La coutume de Paris niait cette distinction des deux successions et considérait la réversion comme une portion de succession, or, *Hereditas pro parte adiri et pro parte repudiari nequit*. Malgré les efforts de Duplessis, on décida avec Ferrière et Dumoulin, que les biens donnés et soumis à la réversion constituaient une succession bien distincte de la succession ordinaire, autrement dit, une succession *in re singulari* et que dès lors, l'ascendant donateur pouvait à son gré accepter l'une et répudier l'autre.

Les coutumes d'Auxerre et de Montdidier, forment une deuxième catégorie, car elles accordent le droit de retour aux collatéraux donateurs : « En la ville de Montdidier et banlieue, il y a un

(1) Duplessis, traité des successions. Liv. III, chap. II.

(2) Ferrière sur l'art. 343 de la Coutume Paris, parag. 3, Lebrun. Liv. 1, chap. V, section 2, n° 4.

droit particulier, dont appert par le procès-verbal de la coutume, en ce que les biens donnés retournent au collatéral donateur, si le donataire décède sans hoirs (1). » La coutume d'Auxerre dispose dans le même sens.

Dans une troisième et dernière catégorie, nous rangerons la coutume de Valenciennes qui applique le droit de retour dans sa plus grande latitude puisqu'elle l'accorde même aux donateurs étrangers et à leurs héritiers directs ou collatéraux, sans même distinguer si les donataires étaient précédés avec ou sans enfants. Il est permis de se demander pourquoi la coutume de Valenciennes se mit ainsi en opposition formelle avec le droit coutumier, alors que le retour conventionnel permettait déjà à un étranger de faire une donation tout en respectant les droits des siens.

Voyons maintenant quels furent les biens soumis à l'exercice du retour dans la législation coutumière. Il est bien certain que tous les immeubles y étaient soumis et aucune discussion ne s'éleva jamais sur ce point : mais il n'en est pas de même au sujet des meubles, car nous rencontrons ici une telle division entre les coutumes que nous sommes obligés d'établir un nouveau classement :

Dans une première classe, nous rangerons les coutumes du Berry, de Vitry, de Noyon, de Saint-Quentin et de Valenciennes qui n'appliquent le retour qu'aux immeubles, aux héritages donnés, telle est leur expression.

(1) Lecaron : Coutume de Péronne, article 108, n° 4.

Forment une deuxième classe, les coutumes de la Franche-Comté, de la Bourgogne et de la Saintonge, qui, tout en se servant de l'expression plus large de « biens donnés » ne font exercer le retour légal que sur les immeubles seuls.

Les coutumes du Poitou, de la Touraine, de Melun, de Châlons, de Laon et de Reims sont rangées dans une troisième classe, car, contrairement à celles déjà citées, elles soumettent à la réversion non-seulement les immeubles, mais encore les propres conventionnels et par conséquent certains meubles.

Seule, la coutume de Bayonne autorise l'exercice du retour sur tous les biens meubles et immeubles : elle constitue la quatrième classe.

Nous arrivons enfin à une cinquième et dernière classe, composée des coutumes de Calais, de Paris et d'Orléans qui ne parlent que de « choses données ». Nous nous contenterons de mentionner pour mémoire les nombreuses discussions qui se sont élevées sur les sens de cette expression de choses données. Comprend-elle les immeubles seuls ou les immeubles et les meubles ? Nous donnons seulement l'opinion de Pothier, de Lebrun, de Ferrière et de Duplessis qui enseignent que le droit de retour embrassait les immeubles seuls. Cette opinion n'est-elle pas du reste conforme à l'esprit économique des coutumes : *Res mobilis, res vilis*.

Pour connaître les effets du retour légal à cette époque, il faut nous rappeler le principe établi plus haut : le retour légal n'est dans les pays de coutume qu'un droit de succession et non pas un droit de réversion ; du moins dans

la très grande majorité des coutumes. Nous pouvons rapporter ici ce que Pothier écrivait à propos de l'article 315 de la coutume d'Orléans : Puisque notre coutume dit que les ascendants succèdent aux choses par eux données, ce n'est donc pas à titre de réversion, mais à titre de succession qu'elle leur défère ; il faut qu'ils se portent héritiers de leurs enfants. Sans insister davantage sur l'existence de ce principe, examinons quelles en furent les principales conséquences : l'ascendant n'étant qu'un simple héritier, ne reprenait les biens par lui donnés que lorsque ceux-ci existaient encore en nature dans la succession du donataire décédé sans postérité. Lorsque ce dernier avait aliéné ces biens soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, il était impossible d'exercer le droit de retour. Nous devons signaler toutefois une exception que nous rencontrons dans la coutume de Bayonne : « Le donataire ne peut disposer des biens *avitins* soit par testament, soit autrement entre vifs qu'en cas de nécessité ; mais si c'était des biens meubles ou acquêts du donnant, le conjoint survivant au nom duquel ils ont été donnés, peut en disposer à sa volonté ».

Le retour légal ne pouvait s'exercer lorsque les biens donnés, aliénés par le donateur, étaient de nouveau acquis par ce dernier, à moins que l'aliénation primitive n'eut été faite en fraude du droit de retour.

L'ascendant, étant héritier, devait respecter les charges consenties par le donataire sur les biens donnés, c'est-à-dire les servitudes et les hypothèques ; mais devait-il aussi contribuer au paiement des dettes de la succession du dona-

taire? Oui, d'après la majorité des auteurs et des coutumes. Mais était-ce une contribution *ultra vires* ou seulement *pro modo emolument*. Le jurisconsulte Lebrun était plutôt pour la contribution *ultra vires*, mais Ferrière et Merlin, considérant que l'ascendant était un simple successeur *in re singulari*, décidaient que ce dernier ne devait être tenu des dettes du donataire que jusqu'à concurrence de son émolument.

III. Droit Intermédiaire

Pour connaître d'une façon très exacte quelle fut la condition du droit de retour pendant la période du droit intermédiaire, nous devons nous reporter à l'article 74 de la loi du 17 nivôse, an II. Cet article était ainsi conçu : « Les biens donnés par les ascendants à leurs descendants avec stipulation de retour ne sont pas compris dans les règles ci-dessus. Ils ne font pas partie de la succession du descendant, tant qu'il y a lieu au droit de retour. » Cet article contient l'abrogation implicite du droit de retour légal et le doute qui pourrait naître à cet égard sera dissipé par la simple lecture de l'article 5 de la loi du 23 ventôse, an III. « Il n'est rien innové par l'article 74 de la loi du 17 nivôse, an II, à l'égard des donations antérieures au 5 brumaire, aux effets du retour légal dans les pays et pour les cas où ce droit avait lieu ». Il n'est pas permis d'hésiter, car l'abrogation du droit de retour est formelle. Ce droit n'existe plus dans les lois françaises. Non seulement les ascendants perdent ce privilège antique mais encore ils se voient préférer les parents collatéraux du défunt quand ils descendent d'eux ou d'autres ascendants au même degré qu'eux.

Heureusement cette législation si défavorable aux ascendants et si bizarre dans sa sévérité, ne fut que passagère, car elle fut bientôt réformée par le Code Napoléon.

IV. Code Napoléon

Les rédacteurs du Code Napoléon n'admirent pas de prime-abord le principe du droit de retour. Nous voyons en effet que l'article 732 du Code n'est que la reproduction de l'article 62 de la loi de nivôse dont voici les termes exacts : « Le décret ne reconnaît aucune différence dans la nature des biens ou dans leur origine pour en régler la transmission ». Si nous reproduisons l'article 732 du Code Napoléon ainsi conçu : « On ne doit considérer ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession, » nous sommes forcés de remarquer que ce dernier article énonce les deux idées contenues dans la loi de nivôse, c'est-à-dire : la négation du principe du retour et l'abolition de la maxime antique : *Paterna paternis, materna maternis*.

Remarquons en passant que l'on devrait peut-être regretter l'absence dans notre Code de la division coutumière entre les biens d'origine paternelle et les biens d'origine maternelle, si cette division n'avait pas été selon l'expression de Vazeille : une source inépuisable de contestations fort embrouillées (1).

(1) Vazeille : Successions, donations, testaments, Tome I, p. 34 dans le même sens.

Duranton. Cours de droit français, Tome VI, n° 239.

De Malleville. Analyse du Code civil, art. 733.

Marcadé et Paul Pont. Code civil, Tome III, p. 63.

Si nous parcourons les divers projets du Code nous ne rencontrons nulle part la moindre mention de notre droit de retour.

Les trois projets présentés par de Cambacérès au Conseil des Cinq Cents rejettent le principe de la réversion ; le premier dans l'article 59 du titre des successions , le second dans l'article 102 du titre des donations et le troisième dans l'article 597.

La réversion n'est pas admise dans le projet Jacqueminot présenté le 30 frimaire, an VIII.

Même silence pour ne pas dire même mépris dans le célèbre projet du Gouvernement que rédigeaient les grands jurisconsultes, Portalis, Bigot, Préameneu, Tronchet et Malleville ; remarquons-y toutefois, l'admission du retour conventionnel.

Le principe du retour paraissait donc avoir vécu.

Mais si la loi le méconnaissait, le sentiment public était en faveur de son rétablissement. Si nous parcourons en effet, les rapports présentés par les Tribunaux consultés sur le projet du Code, nous y rencontrons quelques vœux formulés en faveur de l'admission du droit de retour. Citons en particulier le tribunal de Toulouse : « Il est injuste, disait-il, que les ascendants se voient exclus par des collatéraux, de rentrer même dans les biens dont ils s'étaient dépouillés en faveur de leur descendant prédécédé ». Le tribunal de Montpellier regrettait cette abrogation dans les termes suivants : « On ne voit pas pourquoi l'ascendant qui a le malheur de survivre à son enfant à qui il avait remis déjà le dépôt de sa fortune, sera privé de la faible consolation de reprendre ce même dépôt, unique ressource de ses vieux jours ».

Hâtons-nous de dire que ces réclamations furent écoutées. Du reste, le retour légal est une institu-

tion trop équitable, trop favorable aux donations en faveur du mariage et au développement de l'esprit de famille, pour que cet appel répété en faveur de son rétablissement, demeurât sans réponse. Ce droit de retour fut admis par le législateur, dans l'article 31 du projet. Le principe en est énoncé dans l'article 747 de notre Code, article que nous reproduisons en entier: « Les ascendants succèdent à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donateur. »

Tel est l'unique article qui régit en droit français le droit de retour légal, droit que nous allons étudier tel qu'il existe actuellement.

Mais avant d'entreprendre cette étude et pour faciliter le pardon des erreurs qui y trouveront peut-être une trop large place, nous répéterons ces paroles de Demolombe (1): « L'étude du retour légal est une tâche, que deux causes surtout, indépendamment de la difficulté du sujet, ont rendue chez nous particulièrement difficile: d'une part, le laconisme du Code qui n'a donné sur une matière aussi importante qu'un seul article (article 747), duquel seulement on peut rapprocher trois autres à peu près semblables (351, 352, 766); d'autre part, certaines expressions plus ou moins équivoques et incorrectes que le législateur y a parfois un peu employées. »

(1) Demolombe. Code civil, tome XIII, pag. 534.

CHAPITRE II

NATURE DU DROIT DE RETOUR

Dans la législation actuelle le droit de retour est-il comme dans les pays de droit écrit, un droit de retour proprement dit ? La donation de l'ascendant est-elle affectée d'une condition résolutoire, dont la réalisation fait disparaître toutes les charges consenties par le donataire, *veluti quodam jure postliminii* ? Doit-on voir au contraire dans le droit de retour, un droit successif ainsi qu'il était considéré dans les pays de coutume, droit successif, dont l'effet immédiat est l'assimilation de l'ascendant à un héritier *ab intestat*, assimilation qui permet au donateur de recueillir comme héritier, dans la succession du donataire mort sans postérité, les biens qu'il lui a donnés ?

A cette question capitale, la réponse ne nous paraît douteuse. Nous ne pouvons croire en effet que les rédacteurs du Code Napoléon aient voulu adopter le système consacré autrefois par le droit écrit. Pour plusieurs raisons, nous pensons qu'incontestablement le droit de retour actuel n'est autre que le droit de retour de l'ancien droit coutumier. Nous ne verrons donc qu'un droit successif non-seulement dans l'article 747, que nous allons étudier, mais encore dans les

articles 351, 352 et 766 qui organisent, les deux premiers, au profit de l'adoptant et de ses descendants, le troisième au profit des frères et des sœurs légitimes d'un enfant naturel, un droit entièrement analogue à celui dont bénéficie tout ascendant donateur.

En faveur de notre thèse, nous trouvons un argument sérieux dans la place même de cet article 747. Dans quelle partie du Code, les législateurs l'ont-ils placé ? Il est inscrit justement dans le titre des successions, au chapitre spécial des successions déférées aux ascendants.

Remarquons du reste quels sont les termes dont se sert cet article : « Les ascendants succèdent, dit-il, et il ajoute un peu plus loin : « ils succèdent aussi. » La loi nous semble trop formelle pour que le moindre doute puisse être possible. Certainement, l'article 747 ne fait que reproduire exactement l'ancienne règle de succession adoptée jadis par l'article 313 de la coutume de Paris dans les termes suivants : « Les ascendants succèdent ès-choses par eux données à leurs enfants décédant sans enfants et descendants d'eux ». Nous savons bien, et nous ne craignons pas de faire remarquer que dans deux circonstances analogues la loi se sert de mots différents ; l'article 351 nous dit que lorsque l'adopté meurt sans postérité légitime, les choses qui lui ont été données par l'adoptant retourneront à ce dernier et plus loin l'article 766 déclare qu'en cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel les biens que ce dernier avait reçus de ses ascendants passent aux frères et sœurs légitimes. A l'objection qui pourrait nous être faite, objection basée sur ces mots bien différents du mot

succéder dont se sert l'article 747, nous répondrons simplement que malgré les termes dans lesquels ils sont conçus, les articles 351 et 766 du Code civil, établissent certainement un droit successoral et nous en donnerons cette preuve que l'article 351 n'accorde ce droit de retour à l'adoptant que sous la condition onéreuse pour ce dernier, de contribuer aux dettes et sans préjudice du droit des tiers. Nous ajouterons que l'article 352 dont la liaison intime avec l'article 351 n'est pas douteuse, emploie le mot : succédera.

Nous ferons remarquer en dernier lieu que l'article 766, qui régit le retour organisé en faveur des frères et sœurs légitimes d'un enfant naturel et dont les termes sont différents de ceux de notre article, se trouve placé dans le titre des successions. Du reste, ne lisons-nous pas que les personnes dont il parle ne peuvent recueillir certains biens qu'autant que ceux-ci existeront encore en nature dans la succession de l'enfant naturel.

Toutefois, par esprit de justice, nous ferons la remarque suivante : ces mots de « retour » et de « réversion » ont une certaine justesse parce que l'idée de retour existe encore ; la chose est évidente. Et en effet, l'ascendant recueille bien à titre successif, les biens qu'il a donnés à son fils prédécédé, mais n'est-il pas vrai que pour le rendre ainsi héritier, la loi a dû considérer l'origine de ces biens : c'est parce que ces biens viennent du donateur qu'ils retournent à lui, alors même qu'il n'a aucun droit à la succession des autres biens laissés par le *de cujus*. Deux

idées sont donc contenues dans l'article 747, une idée de succession et une idée de réversion, et c'est ce qui faisait dire au jurisconsulte Lebrun que ce droit était mixte puisqu'il participait du droit de réversion et du droit de succession (1).

Le retour légal devrait donc être appelé : retour successoral; ne serait-il même pas plus logique ou du moins plus grammatical de dire : succession par retour. Quoique ce droit soit désigné sous les noms de retour légal ou de retour successoral, et quoiqu'il contienne certainement une idée de réversion, nous n'hésitons pas à le considérer comme un droit successif; c'est dans ce sens du reste qu'il est enseigné par les auteurs (2).

De ce principe découlent certaines conséquences dont voici les plus importantes :

1° Le droit de retour successoral s'ouvre comme les successions ordinaires, c'est-à-dire par la mort du descendant donataire; par la mort civile autrefois. Bien entendu l'ascendant donateur peut obtenir l'envoi en possession des biens qu'il a donnés lorsque le donataire est déclaré en état d'absence (3).

(1) Lebrun, Liv. I chap. V, Sect. II, nos 3 et 57.

(2) Marcadé : code civil, article 747, 9.
Chabot, commentaire sur la loi des succes., art. 747, 1.
Grenier, donations, 598.
Duranton, traité des successions, VI, 215.
Demolombe, XIII, 481.
Demante, cours de code civil, III, 55 *bis*.
Taulier, III, p. 151.
Aubry et Rau, cours de code civil, par. 608-29.

(3) Nancy, 31 janvier 1833.

2° L'ascendant ne peut renoncer valablement à son droit de retour pendant la vie du donataire, car l'article 791 défend ces renonciations anticipées.

3° L'ascendant ne doit être ni incapable, ni indigne (arg. : art. 725, 726, C. civil).

4° Le donateur doit se porter héritier et accepter ensuite la succession.

5° Il est saisi de plein droit comme tout héritier.

6° Comme représentant de l'enfant donataire décédé, l'ascendant doit, non seulement respecter les aliénations consenties par ce dernier, mais encore contribuer au paiement des legs et des dettes de la succession, proportionnellement à la valeur des biens qu'il a retirés. Bien entendu, il peut accepter comme tout héritier, soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire.

7° L'ascendant doit à l'Etat le droit proportionnel de mutation par décès (1).

8° Il peut requérir l'apposition des scellés et faire dresser l'inventaire (2).

9° Pour résumer, nous dirons que l'ascendant donateur qui recueille les biens donnés, est soumis aux mêmes charges que tout héritier parce que son droit est un droit de succession.

Nous croyons inutile de nous étendre davantage sur ce point.

Il est temps de faire remarquer que le retour légal est une succession bien distincte de la

(1) Cassation, 28 décembre 1829.

(2) Bordeaux, 4 janvier 1851, S, 52, II, 412.

succession ordinaire (1) et que si d'une part il est soumis aux règles générales de cette dernière, il obéit d'autre part à un certain nombre de règles particulières que nous étudierons plus loin.

Lorsqu'un ascendant met en exercice le droit de retour accordé par l'article 747, il y a deux successions à considérer : d'une part la succession dite anormale composée des biens donnés, et la succession ordinaire qui comprend le surplus des biens du *de cujus*. Par conséquent, on se trouve en face de deux sortes d'héritiers ; d'une part l'ascendant donateur, d'autre part les héritiers ordinaires. Tantôt l'ascendant est appelé non-seulement à la succession anormale mais encore à la succession ordinaire, tantôt il est exclu de cette dernière par des héritiers plus proches, tout en conservant son droit de préférence sur les biens donnés.

Nous allons examiner successivement ces deux hypothèses :

I. L'ascendant est appelé à la succession anormale seule. — Un aïeul, par exemple, exerce le droit de retour sur les biens qu'il a donnés, mais il est exclu de la succession ordinaire par un parent plus proche.

Dans ce cas, remarquons-le bien car la chose est très importante, l'ascendant ne doit pas être regardé comme le cohéritier de l'autre héritier, car quoique tous deux soient héritiers d'une même personne, ils recueillent deux successions bien distinctes, puisque le premier est appelé à la succession anormale et le second à la suc-

(1) Douai, 6 mars 1879. Sirey 1880, 2, 1.

cession ordinaire : or, ceux-là seuls sont cohéritiers qui recueillent une même succession.

De cette distinction résultent quelques conséquences importantes sur lesquelles nous donnerons rapidement quelques mots d'explication.

1° L'ascendant ne doit pas profiter de la renonciation faite par ceux qui sont appelés à la succession ordinaire, à moins que par cette renonciation il ne devienne le plus proche héritier du *de cujus* : en résumé il n'y a pas lieu au droit d'accroissement (1).

Remarquons au contraire que la renonciation de l'ascendant au droit de retour, doit profiter aux héritiers de la succession ordinaire, car par suite de ce refus les biens donnés restent confondus avec les autres biens successoraux. Il n'y a pas lieu à un accroissement proprement dit, car cette renonciation fait disparaître toute distinction de successions (2).

2° L'obligation du rapport n'existe pas entre l'ascendant donateur et les héritiers ordinaires. Et en effet, sur quel droit pourrait se baser l'ascendant pour réclamer une portion quelconque de la succession ordinaire, lui qui ne peut exercer le droit de retour que lorsque les biens donnés existent encore en nature ? D'autre part, il n'est pas tenu de rapporter les biens donnés à la suc-

(1) Duranton, T. VI, 205.

Demolombe T. XIII, 485.

Aubry et Rau par. 640, 12.

Demante T. III, 56 *bis*.

(2) Delvincourt T. IV, par. 18, 4.

Duranton T. VI, 208.

cession ordinaire car les héritiers seuls sont tenus au rapport ; or l'ascendant n'est pas un héritier dans cette succession.

3° Ce que nous venons de dire au sujet du rapport peut être répété à propos du partage ; nous redirons après un savant jurisconsulte, que les héritiers et l'ascendant donateur n'étant pas cohéritiers ne peuvent être copropriétaires ; il n'y a donc pas entre eux la moindre indivision ; dès lors il ne peut pas y avoir un partage à effectuer.

Ces différents héritiers ne se doivent donc mutuellement aucune garantie, mais la diminution subie par l'un ou par les autres devrait nécessairement modifier la base admise pour la répartition des dettes et des charges de la succession (1)

4° Pour les mêmes raisons, il n'y a jamais lieu à l'exercice du retrait successoral.

II. L'ascendant donateur est appelé non-seulement à la succession anormale, mais encore à la succession ordinaire soit seul, soit concurremment avec d'autres héritiers. Un exemple fera mieux comprendre cette hypothèse : Un père fait un don à son fils ; celui-ci meurt sans enfants et laisse comme seuls héritiers son père et un frère.

D'après la loi, le père doit recueillir en premier lieu, les biens qu'il a donnés et qui se trouvent en nature et en second lieu, un quart de la succession ordinaire ; les autres trois quarts sont la part du frère. Dans cette hypothèse, nous posons en principe que l'ascendant appelé à un double titre, comme donateur d'abord, et comme héritier le

(1) Baudry Lacantinerie : Cours de Code civil, T. II, 89.
Demolombe, T. XIII, 487.
Cassation, 8 mars 1858.

plus proche ensuite, peut accepter une succession et répudier l'autre. Certains auteurs pensent qu'il ne peut pas en être ainsi, et fondent leur opinion sur cette règle primordiale de l'indivisibilité de la succession « *Hereditas pro parte adiri nequit*, on ne peut accepter ou répudier une succession pour partie. » Cet argument ne peut nous embarrasser longtemps, car il s'évanouit devant la remarque suivante ; l'ascendant n'est pas dans ce cas un héritier pour partie, puisque mis en présence de deux successions distinctes, il préfère n'en accepter qu'une seule dans son entier et répudier l'autre. De plus, est-il raisonnable, que l'ascendant puisse reprendre les biens donnés, lorsque la loi l'exclut de la succession ordinaire et qu'il ne puisse pas le faire quand il s'exclut lui-même de propos délibéré. Remarquons encore une fois que l'ascendant qui recueille les biens donnés ne fait aucun prélèvement sur la masse ordinaire de succession, puisque ce droit lui est reconnu alors même qu'il n'est pas héritier. Dans cette matière, nous devons surtout ne pas perdre de vue la distinction et l'indépendance de deux successions qui concourent en une même personne, pour nous servir de l'expression de Ferrière ; l'ascendant appelé à ces deux successions peut, à son gré, ou les accepter toutes deux, ou répudier l'une en acceptant l'autre.

Tout en reconnaissant ce droit à l'ascendant, certains auteurs et Chabot en particulier, se sont demandé quel pourrait bien être le mobile de la conduite du mari ? Quel intérêt peut-il avoir pour accepter une seule des deux successions qui lui sont offertes ? Et pourtant cet

ascendant peut avoir un intérêt bien évident à refuser la succession ordinaire tout en acceptant la succession anormale. Ainsi, par exemple : 1° Il peut attacher un grand prix aux biens qu'il a donnés et pour en exercer la reprise, il consent à payer une part proportionnelle des dettes de la succession, alors même que cette part est supérieure à la valeur intrinsèque de ces biens ; 2° Supposons que l'ascendant ait reçu des libéralités du donataire ; s'il accepte la succession ordinaire, il sera forcé par ses cohéritiers de rapporter ce qu'il a reçu ; si, au contraire, il accepte la succession anormale seule, n'est-il pas exempt de tout rapport ? Il peut encore renoncer à la succession ordinaire, afin de favoriser un parent plus éloigné, qui de la sorte deviendra héritier.

Réciproquement, l'ascendant peut avoir un grand intérêt à accepter la succession ordinaire et à répudier la succession anormale ; par exemple, parce que cette dernière est grevée de nombreuses dettes. Mais on nous fera cette objection : Puisque par suite directe de cette renonciation, les biens donnés vont se confondre dans la masse de tous les autres biens de la succession ordinaire, quel sera l'intérêt pour l'ascendant, d'accepter cette dernière ? Nous répondons que cette répudiation qui paraît inutile est parfois bien favorable à l'ascendant. Et, en effet, en acceptant la succession ordinaire (qui embrasse maintenant les dettes de la succession anormale) concurremment avec d'autres héritiers, il modifie sa part contributoire dans le paiement des dettes ; certainement, cette part est ici moins forte que dans le cas où seul il

eût accepté. la succession anormale grevée de nombreuses dettes.

Nous verrons plus loin que l'ascendant peut encore répudier cette succession particulière dans le seul but de grossir la réserve à laquelle il peut avoir droit dans la succession ordinaire (1).

Cette renonciation peut s'induire des circonstances et notamment de ce que lors du prédécès sans postérité de l'enfant donataire, l'ascendant n'a pas exercé ce droit de retour (2).

Nous croyons devoir rappeler pour mémoire une controverse restée fameuse entre Vazeille et Toullier sur la question suivante : « Sur quoi portera l'acceptation du donateur lorsque ce dernier, appelé en même temps à la succession anormale à titre de donateur et à la succession ordinaire à titre d'héritier, aura tout simplement déclaré accepter la succession du donataire sans manifester autrement sa volonté. » Nous croyons inutile d'entrer dans les détails de cette discussion et nous dirons que dans ce cas, il faut examiner dans quelles circonstances s'est produite cette acceptation. Nous pensons contrairement à l'avis de Vazeille que cette acceptation embrasse les deux successions, et en effet, en disant : j'accepte, l'ascendant donateur accepte tout ce qui lui est offert, sans aucune distinction.

(1) Marcadé : article 747, n° 147.

Demante III, 56 *bis*.

Aubry et Rau, parag. 611.

Demolombe XIII, 488.

Duranton VI, 210.

(2) Dijon, 23 Décembre 1868. D. P. 70, 2, 219.

CHAPITRE III

DES PERSONNES QUI ONT DROIT AU RETOUR LÉGAL

Pour connaître quelles sont les personnes à qui la loi confère le privilège du retour, il suffit de se reporter aux termes de l'article 747, qui régit la matière : « Les ascendants succèdent » les ascendants, c'est-à-dire tous ceux qui sont ordinairement désignés sous ce nom : le père, la mère, l'aïeul, l'aïeule, le bisaïeul, la bisaïeule... Par conséquent ne peuvent réclamer ce droit ni les collatéraux ni les non-parents. Telle était du reste la règle suivie par la législation coutumière à part certaines exceptions; quelques rares coutumes en effet accordaient le droit de retour aux collatéraux, et en particulier la coutume de Valenciennes en faisait bénéficier non-seulement ces derniers, mais encore les étrangers, donateurs bien entendu.

Accordé sans aucun doute à tous les ascendants légitimes, l'est-il aussi aux ascendants naturels ?

Avant de répondre directement à cette question, nous devons écarter l'hypothèse spéciale dans laquelle l'enfant naturel n'a été reconnu que par un seul de ses auteurs, car dans ce cas il ne peut être question de droit de retour pour cette seule raison que cet enfant naturel ne peut avoir d'autre héritier que celui qui a fait en sa faveur un acte de reconnaissance.

Mais comment ces choses se passeront-elles, lorsque l'enfant naturel aura été reconnu par son père et par sa mère ? En d'autres termes, le père ou la mère naturel qui a fait une donation à son enfant dont la filiation n'est pas contestée, peut-il en cas de prédécès de ce dernier sans postérité, au préjudice de l'autre ascendant, reprendre le bien donné qui existe encore en nature dans la succession, doit-il au contraire subir le concours de son conjoint ?

Cette question a soulevé de tout temps une grave controverse et les auteurs seront peut-être encore bien longtemps divisés sur ce point.

De nombreux auteurs enseignent que le droit de retour doit être accordé aux ascendants naturels comme aux ascendants légitimes parce que, disent-ils, il n'y a aucune raison pour refuser aux premiers un droit dont bénéficient les seconds. Les motifs qui justifient le privilège accordé aux ascendants légitimes militent avec la même force en faveur des ascendants naturels et par conséquent n'est-il pas bien logique d'obéir à la règle : *Ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet*. Mais à côté de cet argument d'analogie, les partisans de l'affirmative en présentent un autre qui nous paraît beaucoup plus puissant : L'art 766 du Code civil, disent-ils, veut qu'après la mort de l'enfant naturel, les biens donnés par le père et qui se retrouvent en nature dans la succession du donataire, ou encore l'action en reprise ou enfin le prix qui peut encore en être dû, retournent aux enfants légitimes, c'est-à-dire aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel, à l'exclusion des autres héritiers : il doit en être ainsi en cas de prédécès de l'ascendant naturel. Mais n'est-il pas équitable,

disent ces auteurs, que ces biens fassent retour à l'ascendant lui-même, lorsqu'il survit à son enfant donateur. Et en effet, ajoutent-ils, la parenté qui relie un père et son enfant naturel, n'est-elle pas beaucoup plus forte que celle qui unit ce dernier à ses frères et sœurs légitimes (1).

Tels sont les arguments invoqués en faveur de l'extension du droit de retour au père et à la mère naturels.

Examinons maintenant, quelles sont les raisons invoquées par ceux qui pensent, avec raison, croyons-nous, que le retour légal ne doit être accordé qu'aux ascendants légitimes seuls, et comment ils réfutent les arguments présentés par leurs adversaires.

Dans l'ancien droit, Lebrun refusait déjà ce droit de retour au père naturel et s'appuyait pour cela sur deux motifs que l'on ne pourrait plus invoquer aujourd'hui. De son temps, en effet, le retour légal avait été accordé au père légitime en compensation de l'obligation qui lui était imposée de constituer une dot à sa fille. Le père naturel qui n'était pas soumis à cette obligation n'avait pas droit à la compensation du retour. D'autre part, à cette époque, l'ascendant naturel n'était pas reconnu comme héritier *ab intestat*; il ne pouvait donc pas réclamer le droit de retour successoral, droit essentiellement héréditaire.

(1) Chabot, art. 147, 4 et 1.

Duranton, VI, 221.

Marcadé, art. 747, 2.

Vazeille, art. 747, 12.

Benoit, De la dot, II, 89.

ditaire. Nous avons déjà fait remarquer que ces deux raisons ne pourraient plus être invoquées de nos jours, parce que premièrement le père légitime n'est plus forcé de constituer une dot à sa fille (article 204) et il exerce néanmoins le droit de retour qui ne lui est donc pas donné comme compensation; et parce que secondement l'ascendant naturel peut succéder *ab intestat*.

C'est donc plus près de nous qu'il faut chercher la solution de la question. En faveur de notre opinion, nous invoquerons en première ligne la place dans notre Code de l'article 747. Cet article est inscrit en effet dans le Titre des Successions Régulières; de plus il semble viser d'une façon exclusive les ascendants légitimes seuls, puisque dans une même phrase il parle du retour du père et du retour de l'aïeul, or nous ferons remarquer que l'existence des aïeuls naturels n'est pas reconnue par notre législation. D'autre part, il n'y a pas lieu de combiner cet article avec les autres textes relatifs aux successions irrégulières.

Si nous nous reportons au chapitre de ces dernières successions, nous trouvons le principe suivant énoncé dans l'article 765 : « La succession de l'enfant naturel décédé sans postérité , est dévolue au père ou à la mère qui l'a reconnu, ou par moitié à tous les deux , s'il a été reconnu par l'un ou par l'autre. » Nous disons qu'il est impossible de trouver dans cet article le moindre indice d'un droit de préférence quelconque accordé à un ascendant naturel donateur. Nous y lisons tout simplement que la succession est attribuée en entier ou par

moitié sans distinction ni recherche de l'origine des biens qui la composent.

Les travaux préparatoires du Code viennent aussi à l'appui de notre opinion : « Il semble, disait Cambacérès, que ce serait assez d'accorder au père et à la mère naturels un droit de retour ». Mais nous savons que son vœu ne fut pas exaucé ; le retour successoral fut refusé aux ascendants naturels parce qu'on les admettait à succéder indistinctement à tous les biens. Cambacérès et quelques membres du Conseil d'Etat auraient désiré que la loi eût accordé le droit de retour au père et à la mère naturels, mais en leur refusant tout droit sur les autres biens de la succession, ainsi qu'on le faisait jadis dans certains Parlements et en particulier à Grenoble.

Nous avons réservé pour la fin de cette étude l'argument que nos adversaires ont retiré de l'article 766 qui traite du retour accordé aux frères et sœurs légitimes sur les biens donnés à l'enfant naturel par leur père commun. Nous avons rapporté cet argument dans tout son entier quelques pages plus haut. Voici comment nous le réfutons. Il est nécessaire de remarquer que l'article 766 se rattache intimement à l'article 765, ce qui ne peut être nié par personne car tous deux règlent la succession de l'enfant naturel. L'article 765 prévoit les deux cas suivants : 1^o l'enfant naturel laisse en mourant son père ou sa mère ; 2^o l'enfant naturel laisse et son père et sa mère. L'article 766 prévoit un troisième cas possible : l'enfant naturel meurt après son père et sa mère. Eh bien, dans quel cas sommes-nous placés ? Dans un des deux cas prévus par

l'article 765 ; dès lors il est impossible de retirer de l'article 766 qui prévoit exclusivement un cas qui ne nous occupe pas, un argument *a fortiori* en faveur de ceux dont il s'agit. L'article 766 accorde le droit de retour aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel décédé sur les biens de ce dernier, lorsque ses ascendants l'ont précédé dans la tombe ; mais en cas de survie de ces derniers, nous retombons dans le domaine de l'article 765 et par conséquent l'argument *a fortiori* n'est plus soutenable : et, c'est donc en vain que nos adversaires feront remarquer la supériorité de la parenté du père et du fils naturels sur celle qui unit ce dernier à ses frères et sœurs légitimes.

Ce n'est donc pas sans raison que nous affirmons plus haut l'absence du droit de retour chez les ascendants naturels. Le plus grand nombre des auteurs enseigne que cette faveur a toujours été réservée spécialement aux ascendants légitimes sous l'empire du Code civil (1).

Cependant nous nous faisons un devoir de faire remarquer que de nombreuses raisons permettraient cette extension au père et à la mère naturels. Les principales considérations sur lesquelles est basé ce droit de retour légal se présentent dans les successions irrégulières avec autant de force que dans les successions légitimes. Pourquoi ne serait-il pas douloureux pour le

(1) Baudry-Lacantinerie II, 91.

Coin-Delisle : Revue critique X, p. 230.

Massé et Vergé, 373-10.

Demaute III, 83 *bis*.

père naturel de perdre d'abord son enfant et de voir ensuite une partie de ses biens passer entre les mains d'une femme qu'il ne connaît plus et qui semble ainsi recevoir le prix ou la récompense de son inconduite passée. En second lieu, ne serait-pas logique d'encourager les père et mère naturels à faire des libéralités à leurs enfants qui bien souvent se trouvent dans une situation précaire et ont besoin de plus de secours que les enfants légitimes?

Ces considérations nous paraissent assez puissantes pour faire regretter que la loi ne se soit pas montrée plus large, mais cependant elles ne doivent pas nous faire décider, contrairement aux textes, que les ascendants naturels bénéficient du droit de retour, d'autant plus, remarquons-le bien, que ce droit constitue une exception notable au système général de notre législation qui ne recherche jamais l'origine des biens qui composent une succession (art. 732).

Sans la moindre hésitation nous refusons l'exercice du retour légal aux ascendants du père et de la mère naturels à l'égard des objets dont ils ont fait donation à l'enfant naturel.

Même solution négative vis-à-vis de l'aïeul naturel qui a fait une donation quelconque à l'enfant légitime de son enfant naturel pour la raison bien simple qu'il n'y a aucune parenté entre l'enfant légitime et le père naturel de son père, ni entre les ascendants d'un père naturel et le fils de ce dernier (1).

(1) Marcadé, art. 747. 2.
Vazeille, art. 747, 15.
Demolombe, XIII, 497.

Les ascendants légitimes seuls ont le droit d'exercer le retour légal, mais à la condition qu'ils aient la qualité de donateurs vis-à-vis de leur enfant décédé. Nous arrivons ainsi à la solution de la question suivante qui fut l'objet de vives controverses : Un aïeul fait une donation à son petit-fils puis meurt, le père du donataire peut-il bénéficier du droit de retour ? Nous répondrons sans hésiter que le fils du donateur ne peut pas exercer le retour légal parce qu'il n'est pas donateur ; il n'est que l'héritier du donateur.

Nous décidons de même pour le cas où un père transmet des biens à son fils, mais à la condition que celui-ci dotera ses enfants avec les biens donnés ; il est bien évident, en effet, que le donateur est l'aïeul et non pas son fils qui ne sert pour ainsi dire que d'intermédiaire ; la relation de donateur à donataire n'existe qu'entre le grand-père et ses petits-fils.

Si plusieurs ascendants ont fait conjointement une donation à leur descendant et si ce dernier prédécède, chacun des donateurs ne peut recueillir que la portion qu'il a donnée. La renonciation ou la déclaration d'indignité de certains d'entre eux ne peut produire aucun accroissement en faveur des autres, car les biens que les renonçants ou que les indignes ne peuvent recueillir, vont augmenter la masse de la succession ordinaire (1).

(1) Aubry et Rau, par. 640 *bis*, 15.

Que décider lorsque deux conjoints ont fait une constitution de dot à leur enfant qui prédécède sans postérité ? Le droit de retour s'exercera-t-il ? Oui, sans aucun doute. Mais quels seront les droits particuliers de chacun des constituants ? Pour répondre convenablement à cette deuxième question, il est nécessaire d'examiner dans quelles limites chaque époux s'est porté donateur dans l'acte constitutif de dot. Remarquons en passant qu'il importe peu de savoir sous quel régime matrimonial sont placés les époux. A défaut de convention spéciale, les donateurs sont censés avoir constitué la dot chacun pour une moitié, témoins les articles 1438 et 1544 du Code civil, le premier parlant du régime de la communauté et le second du régime dotal : cette décision doit être étendue au régime sans communauté comme à celui de la séparation de biens. Dès lors qu'ils sont considérés par la loi comme donateurs chacun d'une moitié, les époux auront le droit d'exercer le retour légal chacun pour une moitié sans qu'il y ait lieu de rechercher avec quels biens ils ont acquitté leur part de dette. Bien entendu, si la dot a été payée avec un bien propre à l'un des époux, celui-ci aura le droit d'exercer un recours pour une moitié contre son conjoint.

Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté et si la dot est composée d'un bien de communauté, les époux qui exercent ensuite le droit de retour doivent une récompense à la communauté (article 1437) ; nous croyons inutile d'insister davantage sur cette hypothèse.

Lorsque les époux ont fait une constitution de

dot en désignant la mise de chacun d'eux, le retour sera exercé d'une façon proportionnelle à ce qu'ils auront donné.

Nous venons d'étudier rapidement comment sera exercé le droit de retour lorsque les époux ont constitué conjointement la dot avec ou sans détermination de part; voyons maintenant comment il sera effectué lorsque la dot aura été constituée par un seul des conjoints. Pour faciliter cette étude, il est indispensable de distinguer sous quel régime matrimonial sont mariés les donateurs.

Supposons en premier lieu les époux mariés sous le régime de communauté et une constitution de dot faite par le mari en biens de communauté. Lors de la dissolution du mariage, la femme qui accepte la communauté devient donatrice pour une moitié, par conséquent en cas de prédécès du donataire sans enfants elle pourra exercer le droit de retour pour moitié, à moins que le mari ne se soit porté donataire pour le tout ou pour une part plus forte que la moitié. Mais si au contraire la femme répudie la communauté, il est impossible de la faire contribuer d'une façon quelconque à la constitution de dot; par conséquent, le mari seul aura le droit de reprendre les biens donnés (art. 1439).

Lorsque les époux sont mariés sous un régime exclusif de communauté et si le mari est intervenu seul dans l'acte constitutif de dot, la femme bien que présente à l'acte ne peut être considérée comme donatrice. Par conséquent, si le donataire vient à mourir sans enfants, la femme

ne pourra exercer le retour, faveur réservée dans ce cas au mari.

Si la libéralité faite à un enfant décédé sans postérité provient d'un partage d'ascendants fait par les père et mère de leurs biens personnels et de ceux de communauté, chacun des ascendants reprendra dans le lot échu au *de cujus* les biens qui lui étaient propres et la moitié des biens de communauté.

Dans le cas, où un père a donné ses biens à titre de partage anticipé à ses deux enfants, sous la condition que ceux-ci comprendraient dans un seul partage en deux lots à la fois, les biens donnés et d'autres indivis entre eux comme provenant de la succession de leur mère, si par suite du partage ainsi effectué l'un des enfants est devenu propriétaire des biens donnés et l'autre des biens maternels, le père donateur qui exerce son droit de retour légal dans la succession de l'enfant propriétaire des biens donnés, ne peut réclamer que la moitié des dits biens car cette moitié seulement, se trouve dans la succession du descendant en vertu de la donation et à titre gratuit (1). En effet, le *de cujus* n'avait recueilli la moitié des biens donnés qu'à titre onéreux, puisqu'il perdait ses droits indivis sur la succession de sa mère.

(1) Angers, 3 mai 1871. Sirey, 71, 55, 243.

CHAPITRE IV

CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE RETOUR

Les conditions d'exercice du droit de retour légal sont au nombre de deux : L'ascendant donateur doit survivre à l'enfant donataire ; et ce dernier doit prédécéder sans postérité.

1° Nous disons en premier lieu que l'ascendant doit survivre à son enfant, parce que le retour successoral comme la succession ordinaire ne peut s'ouvrir que par la mort naturelle, (article 718, Code civil). L'ascendant doit être vivant au moment de la mort de son enfant, car « pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession », (article 725, du Code civil). Alors même que l'ascendant donateur ne survivrait qu'un instant de raison, son droit au retour serait acquis et passerait avec les autres droits à ses héritiers qui pourraient l'exercer en son lieu et place comme tout autre droit héréditaire.

Il peut très bien arriver que l'ascendant donateur et l'enfant donataire meurent tous deux en même temps, dans une même catastrophe. Comment savoir lequel des deux a survécu à l'autre ? Il n'y a eu aucun témoin ; personne ne peut déposer dans tel sens plutôt que dans

tel autre. Que faire dans ce cas. Faut-il appliquer les articles 721 et 722 que nous croyons devoir reproduire : Article 721 : « Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de 15 ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu. S'ils étaient tous au-dessus de 60 ans le moins âgé sera présumé avoir survécu. Si les uns avaient moins de 15 ans et les autres plus de 60, les premiers seront présumés avoir survécu ».

Article 722 : « Si ceux qui ont péri ensemble avaient plus de 15 ans et moins de 60, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge ou si la différence qui existe n'excède pas une année. S'ils étaient du même sexe, la présomption de survie qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature doit-être admise : ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé ».

Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'appliquer dans le cas qui nous occupe, les présomptions légales énumérées dans les articles 721 et 722, que nous venons de reproduire. Ces deux articles en effet règlent des cas précis et particuliers et nous ne pouvons pas appliquer à la succession anormale des règles spécialement créées pour les successions ordinaires. Mais cependant il n'en serait plus ainsi au cas tout à fait particulier où le donateur et le donataire morts dans un même événement seraient respectivement appelés à se succéder, car alors les présomptions de survie établies par la loi pour les successions ordinaires deviendraient applicables à la succession anormale.

La déclaration d'absence du donataire permettra-t-elle l'ouverture du droit de retour ?

Nous le croyons et un effet l'article 115 de notre Code ne dit-il pas que lorsqu'une personne est absente « les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tribunal de première instance et faire déclarer l'absence ». Or, il est bien naturel de ranger l'ascendant donateur dans le nombre des personnes intéressées dont parle la loi. Il lui sera donc permis de faire déclarer l'absence de l'enfant donataire et de se faire envoyer en possession provisoire de tous les biens qu'il lui a donnés; à la charge bien entendu de fournir une caution.

Si au contraire, c'était l'ascendant donateur qui se trouvait absent, il serait permis à ses héritiers d'exercer en son lieu et place le droit de retour, mais à la condition d'apporter la preuve de son existence au moment de l'ouverture de ce droit, c'est-à-dire à la mort du donataire puisque la survie du donateur est une première condition nécessaire à l'exercice du retour.

Cette première condition ne suffit pas; il faut encore que l'enfant donateur n'ait pas laissé d'enfants. Cette deuxième condition est assez naturelle car il est bien évident que la donation faite par un ascendant à son enfant s'adresse aussi à la descendance directe de ce dernier. La loi a supposé avec raison que le donateur a eu l'intention d'embrasser dans sa générosité les enfants et les descendants légitimes du donataire qu'il doit confondre dans une même affection. « En donnant cette chose à son enfant, il la lui donnait tant pour lui que pour toute sa postérité » (1).

(1) Pothier, successions, Chap. II, sect. 2, art. 3, 2.

La chose du reste ne fut jamais controversée car la loi se sert de termes très précis dans l'article 747. La présence d'un enfant légitime constitue un obstacle insurmontable à l'exercice du droit de retour.

Lorsque nous employons le mot légitime, nous désignons non-seulement l'enfant légitime proprement dit mais encore l'enfant légitimé du donataire, puisque la légitimation donne aux enfants légitimés les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage (article 333 Code civil).

Remarquons que la présence des enfants légitimes n'empêche l'exercice du droit de retour que si ces derniers acceptent la succession de leur auteur ; rappelons-nous en effet que l'héritier renonçant est sensé n'avoir jamais été héritier (art. 785, C. civ.) Nous en dirons autant des héritiers légitimes privés de la succession pour cause d'indignité, car les héritiers indignes sont complètement exclus de la succession. (art. 727, C. civ.).

Il suffit donc que l'enfant donataire ait laissé une postérité pour que le droit de l'ascendant s'évanouisse, et en effet, la condition à laquelle il est subordonné se trouve défaillie. Nous tirerons de ce principe une remarque très importante, la suivante : dès lors que les descendants qui ont succédé à l'enfant donataire sont morts sans postérité, l'ascendant ne peut pas exercer le droit de retour ; il ne pourra pas reprendre dans leur succession les biens qu'il avait donnés à leur père et dont ils ont hérité, parce que leur présence d'enfants

légitimes du donataire avait anéanti toute espérance de retour (1).

Cette décision pourrait cependant paraître hasardée en présence des termes dont se sert l'article 747 « descendants morts sans postérité ». Cette expression ne signifie-t-elle pas que l'ascendant a le droit de reprendre dans la succession des descendants de son fils, décédés sans postérité, les biens qu'il a donnés autrefois à celui-ci. Nous ne croyons pas que ce soit le sens de la loi. L'article 747 prévoit les deux cas suivants : 1° la donation a été faite au fils 2° la; donation a été faite au petit-fils. Il suffit que le descendant meure sans enfants pour que l'ascendant exerce ses reprises dans l'un comme dans l'autre cas. Remarquons en effet que l'ascendant succède non pas en sa qualité d'ascendant, mais comme ascendant donateur; selon l'expression de Mourlon, c'est un donateur qui succède à un donataire; or, le donataire étant prédécédé, l'ascendant n'a plus le titre de donateur vis-à-vis des descendants du *de cujus*. Ces héritiers du donataire recueillent les biens donnés à leur père, non pas comme choses données mais simplement comme biens de succession, car par la mort du donataire elles sont devenues une partie de la succession ordinaire.

A ce propos nous relèverons une particularité très-importante du droit de retour accordé à l'adoptant, particularité qui consiste justement en ce que ce dernier peut faire ce que nous venons de défendre à l'ascendant donateur. En

(1) Cassation 18 août, 1818.

Nîmes, 14 mars, 1819.

effet, l'article 352 du Code civil permet à l'adoptant de reprendre les choses qu'il a données à son fils adoptif, non-seulement dans la succession de ce dernier décédé sans postérité mais encore en cas de postérité dans la succession de ses descendants morts sans enfants. Cette différence totale qui sépare l'exercice du droit de retour de l'ascendant donateur et l'exercice du droit de retour de l'adoptant peut trouver une explication satisfaisante dans la différence des situations. Vis-à-vis de l'ascendant donateur les descendants de son fils sont des propres descendants. Que sont au contraire vis-à-vis de l'adoptant les descendants de son fils adoptif ? Des étrangers. Dès lors, il serait bien regrettable que la loi n'eut pas donné à l'adoptant l'autorisation de reprendre dans la succession des héritiers de son fils les biens qu'il lui a donnés ; sinon tous ces biens auraient été à jamais perdus pour le donateur. Bien opposée est la situation de l'ascendant donateur qui, s'il ne peut exercer le droit de retour contre les descendants du donateur n'aura pas du moins le profond regret de voir les biens qu'il a donnés à son fils passer dans des mains étrangères ; puisqu'il y a une parenté très étroite entre eux.

Une conséquence de cette parenté est que l'ascendant peut conserver l'espérance de recueillir à titre d'héritier les biens qu'il a donnés. En effet il peut très bien arriver que l'ascendant soit appelé à la succession de ses petits-enfants et alors il aura peut-être dans son lot une partie des biens de la donation. Remarquons que dans cette hypothèse l'ascendant sera appelé à la succession comme ascendant c'est-

à-dire comme héritier et non pas comme ascendant donateur. Alors même qu'il ne serait pas appelé à la succession de son petit-fils c'est qu'il serait primé par des frères ou sœurs du *de cujus* c'est-à-dire par ses descendants; et du moins il aurait la consolation de voir les biens donnés rester dans la famille.

Il y a encore une autre différence importante entre ces deux droits de retour : en effet le droit de l'ascendant devient caduc par son prédécès tandis que celui de l'adoptant passe aux enfants du père adoptif décédé avant l'adopté.

Lorsque l'article 747 déclare que le droit de retour ne peut-être exercé qu'en cas du prédécès du donataire sans postérité ; veut-il désigner par ce mot général postérité : les enfants seuls issus du mariage en vue duquel la donation a été faite ; ou bien embrasse-t-il même les enfants nés d'un mariage soit antérieur soit postérieur à la donation. Cette question fut la source de grandes controverses dans notre ancien droit ; beaucoup d'auteurs refusaient d'admettre que des enfants nés d'un mariage autre que celui en faveur duquel la donation avait été faite, pussent être un obstacle à l'exercice du retour successoral. Cette répugnance nous paraît surtout compréhensible à l'égard des enfants issus d'un mariage postérieur à la donation. Lebrun se séparait des autres par sa manière de voir en cette matière car il disait que : on doit considérer les deux mariages comme un seul et il suffit qu'il reste des enfants pour empêcher que la réversion eut lieu. » Cette doctrine est admise généralement ;

nous croyons aussi qu'elle est plus juridique car les rédacteurs du Code ont eu l'intention d'embrasser dans le mot postérité tous les enfants du donataire ; ils ont mis sur un même rang non seulement les enfants nés du mariage en faveur duquel la donation a été faite mais aussi tous ceux qui sont issus d'un mariage soit antérieur soit postérieur à cette donation. Cette décision nous semble parfaitement équitable puisque tous les enfants issus du mariage ou des mariages du donataire sont les descendants directs de l'ascendant donateur ; quoique nés de mariages différents, ils forment sa postérité et dès lors on doit les considérer comme un obstacle à l'exercice du retour légal. D'autre part, si nous recherchons quel est le but de la générosité de l'ascendant, nous voyons que par cette donation il veut procurer une certaine aisance à son enfant, à la famille de cet enfant, mais à la famille entière et non pas seulement à quelques-uns de ses membres. Il est vrai que l'article 1082 du Code civil semble nous contredire : « Les père et mère, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux et même les étrangers pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit des époux qu'au profit des enfants à naître du mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours dans le dit cas de survie de l'époux donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage. » Certainement cet article déclare formellement que

la donation de biens à venir faite par contrat de mariage, n'est présumée faite qu'en faveur des enfants et des descendants nés du mariage en vue duquel la donation a été constituée ; mais nous ferons remarquer que cet article ne vise pas le droit de retour. Il contient une substitution faite au profit d'un enfant futur. Il ne s'agit pas d'une dérogation à la prohibition des substitutions, car c'est une substitution vulgaire qui déroge au principe général que pour acquérir un droit il faut au moins être conçu.

Nous venons de voir dans le paragraphe qui précède que le mot postérité embrassait la descendance à l'infini d'un individu ; mais ce mot ne s'entend-il que de la race proprement dite, c'est-à-dire de race perpétuée par le sang ; ne désigne-t-il enfin que tous ceux qui ont une même source originelle ? Rangerons-nous dans le nombre de ceux qui composent la postérité d'un individu ses enfants adoptifs et déciderons-nous que, à défaut d'enfants légitimes, les enfants adoptifs constitueront un obstacle à l'exercice du droit de retour de l'ascendant ? Si nous nous reportons à l'article 350 du Code civil ainsi conçu : « L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant, mais il aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption. » Nous voyons que l'enfant adoptif est mis sur le même rang que tout enfant légitime ; comme eux donc il devra empê-

cher le retour légal de l'ascendant. La conclusion contraire irait, nous semble-t-il, contre le vœu de la loi qui, lorsqu'il s'agit de régler la succession de l'adoptant met sur un même pied et son enfant adoptif et ses enfants légitimes. Mais, nous dira-t-on, il y a une bien grande différence entre la descendance légitime, la famille du sang et la famille fictive créée par la loi. Cette différence est trop réelle pour que nous puissions la nier; mais dans le doute ne devons-nous pas rechercher quelle a été l'intention de l'adoptant en se créant un fils. L'adoptant a voulu transmettre à un enfant de son choix sa succession toute entière. Il aurait pu disposer de la chose donnée soit par un acte à titre onéreux ou gratuit, soit par acte entre vifs ou de dernière volonté; il en a disposé par adoption. Nous pensons donc que la présence d'un enfant adoptif empêche le retour légal, nous basant pour en décider ainsi, sur l'assimilation faite par la loi entre les adoptés et les enfants légitimes (1).

A défaut d'enfants légitimes ou adoptifs le *de cujus* a pu laisser des descendants naturels.

(1) Marcadé, art. 747, n° 3.

Chabot, art. 747, n° 3.

Toullier, IV, 240.

Duranton, IV, 220.

Massé et Vergé, 373, 3.

Demante, III, 56 *bis*, 9.

Mourlon, II, 56.

Demolombe XIII, 508.

Cassation, 2 Décembre 1822.

Ceux-ci constitueront-ils par leur présence un obstacle à l'exercice du droit de retour ?

Nous abordons ici un des points les plus discutés en matière de retour légal.

Beaucoup d'auteurs pensent que l'ascendant donateur est privé de tout droit de retour lorsque l'enfant donateur a laissé une descendance naturelle. Voici les arguments qu'ils invoquent à l'appui de leur théorie. Ils posent d'abord en principe que la présence d'un enfant naturel empêche l'exercice du retour légal, non pas d'une façon totale, mais seulement pour la portion qui revient à cet enfant dans la succession de son auteur. Ils se conforment ainsi aux règles énoncées par l'article 757 que nous croyons devoir reproduire au début de cette discussion dans laquelle il jouera un rôle assez important. Cet article nous dit que : « Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère décédés est réglé ainsi qu'il suit : Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime ; il est de la moitié lorsque les père et mère ne laissent pas des descendants mais bien des ascendants ou des frères ou sœurs ; il est des trois quarts lorsque les père et mère ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères ni sœurs ».

Dans le cas qui nous occupe, l'enfant naturel se trouve en face d'un ascendant au moins, par conséquent il a droit à la moitié de la succession, puisqu'il aurait hérité du tout s'il eût été légitime. Par conséquent, d'après ces auteurs, l'enfant naturel empêcherait pour moitié l'exercice du droit de retour et pour les raisons

suivantes. L'enfant naturel, disent-ils, fait certainement partie de la postérité de l'ascendant car, par ce mot de postérité, la loi a voulu désigner aussi bien la descendance naturelle que la descendance légitime, puisque toutes les fois qu'elle a voulu donner moins de droits aux enfants naturels elle a pris soin de s'en expliquer clairement : il suffit pour s'en convaincre de se reporter aux articles 351 et 352 relatifs au contrat d'adoption et à l'article 960 du chapitre des donations. Dans ces trois articles le législateur montre clairement la distinction qu'il veut établir entre ces deux descendances. Mais tout autre est l'article 747, car il ne parle que de la postérité du donataire ; or, la loi étant muette sur le sens de ce mot, nous pouvons en conclure qu'il embrasse dans sa généralité l'une et l'autre descendances. Donc l'ascendant ne pourra se servir du droit de retour, puisqu'il se trouve en présence d'une postérité.

Tel est le premier argument : argument qui ne se fonde que sur le sens plus ou moins large d'un mot employé par l'article 747. Nous allons essayer de le réfuter immédiatement. La place de cet article nous permet de dire que le mot postérité dont il se sert ne désigne que les enfants légitimes seuls, à l'exclusion des enfants naturels. Il est inscrit en effet dans le chapitre III du livre II, chapitre qui ne traite que des successions régulières exclusivement, autrement dit des droits et des devoirs de la parenté légitime. Comme le fait remarquer Demolombe (1) « le Code a traité dans deux

(1) Demolombe XIII, n° 596.

chapitres distincts , des successions légitimes ou régulières (chapitre III) et des successions irrégulières (chapitre IV) et on ne saurait, sans arbitraire et sans une perturbation profonde de toute l'économie de la loi , transporter les dispositions de l'un des chapitres dans l'autre. » Ajoutons avec le même auteur que tous les articles qui suivent cet article 747 ne traitent exclusivement que de la famille légitime et que chez eux les mots : postérité, descendants, ascendants, ne désignent jamais que les parents légitimes. A ceux qui nous demanderont pourquoi, dans certains articles , la loi ajoute l'adjectif légitimes au mot descendants, nous répondrons que les matières traitées dans ces articles n'impliquaient point par elles-mêmes l'exclusion des enfants naturels , et que pour éviter toute discussion , pour ne pas donner naissance au moindre doute , la loi a cru devoir dire enfants légitimes, descendants légitimes, postérité légitime. Mais la loi ne l'a pas fait dans l'article 747, pourquoi donc ? Tout simplement parce qu'à notre avis, il ne peut s'élever aucun doute sur la compréhension du mot postérité énoncé dans cet article ; il est tellement vrai que dans ce terme, la loi n'a voulu désigner que la postérité légitime que certains défenseurs du système que nous combattons, n'ont pas voulu invoquer l'article 747 en faveur de leur thèse, et se sont contentés de retirer des arguments favorables de l'article 757.

Le deuxième argument tiré de l'article 757 nous paraît beaucoup plus captieux, nous espérons cependant en démontrer facilement l'inanité.

On dit ceci : l'article 757 reconnaît à un enfant naturel un droit de succession sur les biens laissés par son père ou par sa mère qui l'a reconnu, et cette quote-part est fixée à la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, lorsqu'il se trouve en présence d'un ascendant. Or, fait-on remarquer, si cet enfant naturel peut invoquer un droit de succession sur la moitié de la masse successorale dont font partie les biens donnés, il empêche par là même l'exercice du droit de retour pour une moitié. Cet argument paraît au premier abord très concluant en faveur de la théorie que nous combattons, mais en l'étudiant de près nous remarquons qu'il repose sur une base vicieuse. Et en effet, c'est commettre une profonde erreur et c'est méconnaître la volonté de la loi que de dire ceci : les biens donnés par l'ascendant font partie de la succession de l'enfant donataire prédécédé. Nous avons déjà fait observer, au début de cette étude, que lorsqu'il y avait lieu à l'exercice du retour légal, on se trouvait en face de deux successions bien distinctes, la succession ordinaire et la succession anormale. Nous ne nous étendrons pas longuement sur cette distinction que nous avons déjà examinée. L'ascendant donateur seul peut succéder aux biens donnés; la loi le dit expressément : à l'exclusion de tous autres. On ne s'occupe donc pas, pour la dévolution de cette succession particulière, ni de l'ordre de parenté ni des degrés.

La preuve en est que l'ascendant donateur a le droit de reprendre les biens donnés, alors même qu'il n'aurait droit à aucune portion de la succession ordinaire dans laquelle il est

primé par des héritiers plus proches. Nous nous trouvons donc en face de deux successions bien distinctes mais parallèles, entre lesquelles il y a quelques relations forcées, parce que, aujourd'hui séparées, ces deux masses ont formé une universalité juridique, universalité qui s'est scindée le jour de la mort du donataire. L'enfant naturel a donc bien le droit d'invoquer l'article 757, c'est-à-dire de réclamer, dans le cas présent, la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, c'est-à-dire la moitié de la succession ordinaire ; mais il n'a aucun droit sur la succession anormale. C'est donc bien à tort que certains auteurs veulent trouver dans cet article un argument en faveur du droit de l'enfant naturel sur les biens donnés. Avant de terminer cette longue discussion nous pourrions encore leur opposer le dilemme suivant de Demolombe.

« Ou l'enfant naturel est compris dans le mot » postérité tel que l'article 747 l'emploie.

» Ou il n'y est pas compris.

» Dans le premier cas, il fait obstacle pour le » tout au retour successoral.

» Dans le second cas, au contraire, il n'y fait » obstacle pour aucune partie.

» Nous concevons l'un ou l'autre de ces deux » systèmes ; mais le système mixte d'après lequel » l'enfant naturel ferait et ne ferait pas en même » temps obstacle au retour, nous avons peine à » le comprendre ».

En effet, l'article 747 dit tout simplement que l'ascendant succède à l'exclusion de tous autres lorsque le donataire est mort sans postérité. Donc, en présence de cette postérité du donataire, il n'y a pas de retour ; à défaut de postérité,

il y a lieu à l'exercice du retour légal ; mais alors ce droit s'exerce dans toute sa plénitude ; il appartient tout entier à l'ascendant donateur, sans que celui-ci ait à repousser la moindre concurrence, puisque la loi veut et dit formellement qu'il doit succéder à l'exclusion de tous autres. Nos adversaires n'auraient jamais osé prétendre que l'enfant naturel prime l'ascendant, parent légitime du donataire, car on leur aurait opposé les articles 757 et 758 du Code civil qui assurent la préférence de la parenté légitime à la parenté naturelle. Se rejetant alors sur l'article 757, ils ont inventé ce moyen mixte qui consiste à dire que l'enfant naturel fait obstacle au retour légal, mais seulement pour une moitié.

Nous venons de voir qu'il est impossible d'admettre cette transaction ; nous avons réfuté les différents arguments qui semblent militer en sa faveur, et nous croyons être dans le véritable sens de la loi en concluant ainsi : la descendance naturelle ne fait pas partie de la postérité dont parle l'article 747, et dès lors elle ne peut entraver en aucune façon l'exercice du retour légal (1).

La théorie que nous admettons paraît du reste parfaitement conforme aux principes géné-

(1) Legentil, *Revue critique* 1851, p. 354, 389.

Massé Vergé, 373-7.

Aubry-Rau, par. 608-15.

Demolombe, XIII, 510.

Baudry Lacautinerie, II, 93.

Douai, 14 mai 1851.

Cassation, 3 Juillet 1832 — 9 août 1854.

Tribunal de la Seine, 12 Février 1861.

raux du droit en pareille matière. N'est-il pas naturel que le législateur ait accordé un droit de retour à l'ascendant, lorsque le donataire prédécédé ne laissant comme seuls héritiers que des enfants naturels. Quelle fut l'intention de l'ascendant en faisant une libéralité à son fils ? Il lui a donné des biens parce qu'il était son fils et afin de lui procurer une certaine aisance. Mais l'enfant naturel de son fils que lui est-il ? Rien. Il n'est même pas son petit-fils, aucun lien de parenté ne les réunit ; vis-à-vis du donateur, cet enfant naturel n'est qu'un étranger. Pourquoi vouloir que, après la mort du donataire, c'est-à-dire du père de l'enfant naturel, ce dernier soit préféré à l'ascendant donateur et vienne l'exclure de la succession privilégiée, ou du moins lui en enlever une moitié ? N'y aurait-il pas là une injustice flagrante ? Le frère légitime du donateur n'aurait aucun droit sur les biens donnés à son frère et ne serait pas un obstacle à l'exercice du droit de retour, tandis que l'enfant naturel constituerait cet empêchement.

Nos adversaires ajouteront peut-être un dernier argument, le suivant : Le donataire a disposé du bien donné au profit de son enfant naturel, du moment qu'il l'a reconnu. Nous nous contenterons de répondre que pour être juste et concluant, cet argument devrait respecter les principes généraux de la reconnaissance des enfants naturels. La reconnaissance faite par le donataire établit tout simplement un lien de paternité et de filiation entre ce dernier et l'enfant naturel ; mais elle ne contient

aucune aliénation du bien donné, dont la disposition est réglée par la loi seule. Or, la loi a cru avec raison qu'il est beaucoup plus équitable de ne pas s'occuper de la présence d'un enfant naturel, au sujet de la distribution du bien donné et elle a voulu ainsi que cette présence ne fût pas un obstacle à l'exercice du droit de retour de l'ascendant donateur.

CHAPITRE V

DES CHOSSES AUXQUELLES S'APPLIQUE LE RETOUR LÉGAL

Dans les chapitres qui précèdent, nous avons examiné la nature juridique du droit de retour ; nous avons recherché quelles étaient les personnes qui pouvaient l'exercer et moyennant quelles conditions. Dans ce chapitre cinquième, nous abordons l'étude très importante de l'objet du retour.

« Les ascendants succèdent aux choses par eux données », nous dit l'article 747. Ce mot choses embrasse, remarquons-le bien, non-seulement les immeubles, mais aussi les meubles. Nous croyons nécessaire de faire cette observation, parce que certains doutes pourraient prendre naissance dans la généralité des termes employés par cet article. Nous rappellerons en même temps, qu'il est la reproduction exacte de l'article 313 de la coutume de Paris, dont nous avons parlé maintes fois au chapitre premier. Mais d'après cette coutume, l'ascendant donateur avait un simple droit de préférence dans la succession aux propres, (par propres on désignait seulement les immeubles, aujourd'hui on désigne sous ce nom les biens que les époux ne font pas tomber dans la communauté ; biens par conséquent dont la propriété leur reste

personnelle). L'article 747 est donc beaucoup plus large que l'article 313 de la coutume de Paris, puisqu'il accorde à l'ascendant un droit de retour sur tous les biens donnés, les immeubles et les meubles. Cet article doit recevoir, en effet, l'étendue que comporte la généralité de ses termes.

Il faut nécessairement que ces choses aient été acquises au donataire par le moyen d'une donation. Le retour légal ne s'appliquerait donc pas aux choses livrées conformément aux clauses d'un contrat, qui bien que qualifié de contrat de donation, ne serait en réalité qu'un contrat à titre onéreux (1).

Ne sont pas soumises au droit de retour les choses données sous forme de legs; en effet, lorsque le légataire meurt avant le testateur, le legs devient caduc; or, la caducité exclut toute application de ce droit; puisque, par suite de cette caducité le testateur n'est pas dessaisi des choses léguées, ces choses n'ont donc jamais fait partie du patrimoine du légataire.

Nous déciderons, au contraire, qu'il y a lieu d'appliquer les règles du retour légal lorsque la donation entre vifs aura été faite soit par contrat de mariage, soit en avancement d'hoiries et par

(1) Troplong : Donations 79.

Nancy, 21 janvier 1833.

Agen, 12 juillet, 1836.

Paris, 20 décembre, 1850.

préciput, soit par un partage d'ascendants, soit de la main à la main, si la preuve en était acquise (1).

Pour résumer, nous dirons que le retour successoral s'exerce sur toutes les choses dont l'ascendant donateur s'est dessaisi gratuitement au profit de son enfant ; mais il ne s'exerce jamais sur les biens transmis par des actes à titre onéreux, quoique ces actes soient faussement revêtus du nom de donations, ni sur les libéralités minimales faites sous le nom de présents d'usages et que la loi dispense du rapport dans l'article 852 du Code civil.

Mais il ne suffit pas que les choses aient été données par l'ascendant, il faut qu'elles existent encore en nature dans la succession du donataire : elles doivent donc avoir conservé leur identité.

Cette qualité, que doivent avoir les choses données sur lesquelles l'ascendant veut exercer le retour, est déjà énoncée dans l'article 351 qui règle un autre cas de retour. Elle trouve sa raison d'être dans l'intention qu'a eue la loi en créant ce droit de retour : consoler l'ascendant de la perte de son enfant.

L'article 747 ajoute : « Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui

(1) Marcadé, 1078, 2.

Toullier, V, 814.

Massé et Vergé, 374, 1.

Grenier, donations, I, 398,

Genty : partage d'ascendants, page 285.

Montpellier, 11 avril 1833.

Lyon, 2 avril 1840.

Douai, 14 mai 1851, S. II, 497, 1851.

peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donateur ». Voici donc deux propositions que la loi énonce, propositions qui ne sont que le développement du principe général de l'existence en nature des choses données.

Nous nous trouvons donc devant les trois propositions suivantes : l'ascendant succède 1° aux choses données si elles se retrouvent en nature dans la succession du donataire ; 2° au prix qui peut encore être dû ; 3° aux actions en reprise que pouvait avoir le donataire.

La loi exigeant la présence en nature des biens donnés, le retour de l'ascendant ne pourra pas avoir lieu à l'égard des biens qui ont été aliénés par le donataire ; peu importe que l'aliénation ait eu lieu à titre gratuit ou à titre onéreux. Certains auteurs enseignèrent le contraire de cette doctrine et Bretonnier n'hésitait pas à flétrir du nom de sacrilèges les aliénations faites par le donataire, mais leurs clameurs restèrent impuissantes, nous dit le jurisconsulte Denizart. Nous n'hésiterons pas, de notre côté à décider qu'il est indifférent de savoir si les dispositions étaient testamentaires ou entre-vifs, malgré l'avis de ceux qui déclarent que les dispositions testamentaires ne sont pas de la même nécessité pour l'usage de la donation que l'est la liberté d'engager et d'aliéner, et qu'elles ne sont pas non plus de l'intention du donateur.

Sous l'empire de notre Code, certains auteurs ont essayé de soutenir que l'ascendant donateur avait le droit de reprendre, par l'exercice

du retour légal, les biens donnés à son enfant alors même que ce dernier en avait fait l'objet d'un legs. Ces auteurs ont déclaré que le retour légal s'exerçait parce que les biens quoique légués par le donataire se trouvaient en nature dans la succession de ce dernier, au jour de ce décès. Or, disaient-ils, dès lors que les biens existent encore dans la succession, ils tombent forcément sous l'application de l'article 747 qui déclare que les ascendants succèdent aux choses par eux données lorsqu'elles se trouvent en nature dans la succession. Ces auteurs ont raison de dire que les objets légués existent encore dans la succession du testateur, mais ils n'y sont plus que corporellement. Et en effet, il est bien facile de voir qu'ils ne font plus partie de la succession si l'on considère que dès l'instant de son ouverture, le légataire est immédiatement saisi des objets légués. L'article 1014 l'énonce en termes très formel : « Tout legs » pur et simple donnera au légataire du jour » du décès du testateur, un droit à la chose » léguée, droit transmissible à ses héritiers ou » à ses ayants-cause... » Peu importe que le légataire soit obligé de demander la délivrance des choses léguées à l'héritier; elles ne font pas plus partie de la succession proprement dite que n'en ferait partie une chose empruntée par le *de cujus* ou déposée chez lui par un tiers. Il est inutile de faire une distinction quelconque entre le legs pur et simple et le legs conditionnel, car, nous le répétons, le légataire a sur la chose léguée un droit qui s'ouvre dès la mort du testateur. La Cour d'Agen avait admis cette théorie que nous venons de com-

battre dans deux arrêts (1) rendus à dix ans d'intervalle ; mais la Cour de cassation a condamné cette jurisprudence dans un arrêt en date du 16 mars 1830 : nous pouvons donc dire désormais, en nous basant sur la doctrine de beaucoup d'auteurs et sur des décisions nombreuses des tribunaux, que les dispositions testamentaires sont au même titre que les dispositions entre vifs un obstacle à l'exercice du retour légal de l'ascendant donateur (2).

Le retour successoral ne pourrait même pas avoir lieu au cas où le legs aurait été réduit comme excédant la quotité disponible (3).

Outre les aliénations totales, l'ascendant doit supporter les aliénations partielles. Par conséquent il respectera les droits d'usufruit, d'usage

(1) Agen, 13 mars 1817.

Agen, 11 décembre 1827.

(2) Marcadé, art. 747, 5.

Chabot, art. 747, 20.

Duranton, VI, 225 et 226.

Troplong, 816.

Aubry et Rau, par. 608, 44.

Mourlon, II, 124

Demolombe, XIII, 521.

Demante, IV, 57 *bis*.

Montpellier, 31 mai 1825.

Besançon, 30 juillet 1826.

Dijon, 4 avril 1872.

Douai, 6 mai 1879.

Aix, 8 novembre 1811.

Caen, 1^{er} avril 1884.

Cassation, 17 décembre 1812, 16 mars 1830, 2 janvier 1838.

(3) Aix, 8 novembre 1871. Dalloz, 73, II, 227.

et d'habitation établis sur les biens donnés. Nous reviendrons plus loin sur cette question.

Après avoir nettement établi que tout droit de retour sera anéanti pour le tout ou pour partie, selon que l'enfant donataire aura disposé totalement ou partiellement des biens donnés, nous devons rechercher ce qu'a voulu la loi, en déclarant que: « si les objets ont été aliénés, l'ascendant recueille le prix qui peut en être dû ». Au premier abord, cette disposition peut paraître extraordinaire, car elle semble contredire en tous points le principe que nous venons d'étudier. Lorsque la loi déclare que les ascendants auront le droit de recueillir le prix qui peut être dû, ne dit-elle pas l'opposé de ce qu'elle a déclaré plus haut: « Les ascendants succèdent aux choses données, lorsqu'elles se retrouvent en nature dans la succession ». Cette contradiction n'est cependant qu'apparente et voici comment nous expliquons ces dispositions.

Le deuxième alinéa de l'article 747, loin d'être la négation de la règle fondamentale établie dans la première partie, n'en est que la déduction. Si la loi permet à un ascendant de succéder au prix qui peut être dû et provenant de la vente des biens donnés, c'est qu'elle a considéré cette aliénation comme incomplète, comme non définitive, tant que le prix en est encore dû (articles 1183, 1184 et 1654). Dans ce cas, c'est-à-dire lorsque le donataire a aliéné à titre onéreux et que l'acquéreur n'a pas encore acquitté le prix, le donataire possède une action en résolution qui lui permet de faire annuler le contrat de

vente ; à son décès, cette action passe à ses héritiers, de plein droit. L'aliénation ne pouvait être définitive, puisque le donataire avait encore des droits sur la chose vendue. Nous expliquerons donc la seconde disposition de l'article 747, par cette idée de la condition résolutoire que la loi sous-entend dans tout contrat synallagmatique. Nous ferons remarquer en outre que les principes du Droit romain sur le contrat de vente, quoique rejetés par le Code civil, ont peut-être exercé une certaine influence sur cette solution. Nous savons que chez les Romains, lorsque le prix d'une vente n'avait pas été payé, le vendeur, qui était resté propriétaire, pouvait revendiquer la chose vendue. — On lit en effet au paragraphe 41 des Institutes, *de divisione rerum*, le passage suivant : « *Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori adquiruntur quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit* ».

Nous retrouvons ces principes du Droit romain en matière de vente, dans la jurisprudence de notre ancien droit et en particulier dans les coutumes d'Orléans et de Paris. Ils sont enseignés par les anciens auteurs. Pothier n'écrivait-il pas au sujet de l'article 458 de la coutume d'Orléans : « le vendeur peut poursuivre sa chose même contre les tiers détenteurs, car il en est toujours resté propriétaire, suivant le paragraphe 41 des Institutes ». Si nous ouvrons les écrits de Ferrière, nous lisons à propos de l'article 176 de la coutume de Paris, la phrase suivante : « La propriété de la chose achetée quoique livrée à l'acheteur, ne passe à sa personne que quand il a payé le prix ». Nous

savons très-bien que le législateur français a rejeté ces principes du droit romain, mais ne pourrait-on pas supposer qu'il en a subi une légère influence.

Lorsque le prix d'une chose vendue n'a pas été acquitté, l'aliénation est encore révocable puisque le vendeur peut reprendre la chose au moyen de l'action en résolution : nous appliquons en effet la maxime suivante : « *Qui habet actionem ad rem recuperandum, ipsam rem habere videtur* ». En cas de non-paiement l'ascendant donateur reprendra la créance au moyen de laquelle il pourra reprendre la chose elle-même, si le débiteur refuse d'acquitter sa dette. Mais, objectera-t-on, supposez un peu que le donateur ait renoncé en cas de non-paiement au droit de demander la résolution du contrat ; est-ce que l'ascendant ne succèdera pas encore à la créance du prix, dès lors, comment pouvez-vous dire que l'ascendant reprend la créance parce qu'elle lui facilite la reprise de la chose aliénée elle-même. Il faut donc chercher ailleurs que dans l'idée de l'action en résolution de la vente, l'explication du droit de l'ascendant, puisqu'il y aura des cas où l'action n'existera pas et où cependant le retour successoral aura lieu.

A cette objection nous répondrons que le législateur ne s'est pas préoccupé de ce cas particulier et qu'il a décidé *de eo quod plerumque fit*. Les exceptions à la possession de l'action en résolution chez le vendeur sont assez rares ; elles sont indiquées par les articles de la loi du 3 mai 1841 ; 692 et 717 du Code de procédure modifiés par la loi du 2 juin 1841 et enfin par

l'article 7 de la loi du 23 mars 1855. Dans ces cas, l'ascendant pourra exercer le retour légal car le texte général s'applique à toutes les hypothèses (1).

Si le prix a été payé en partie le retour de l'ascendant ne portera que sur ce qui reste dû.

Lorsque le bien donné a été aliéné par le donataire moyennant une constitution de rente, nous pensons que par suite du prédécès du donataire, l'ascendant pourra revendiquer cette rente comme formant le prix de l'aliénation, et que par conséquent il aura le droit d'en réclamer les arrérages. Marcadé enseignait toutefois une théorie contraire parce que disait-il, dès lors que le droit à la rente était entré dans le patrimoine du donataire, l'aliénation était parfaite puisque le prix en était payé ; donc, l'ascendant n'avait pas le droit de percevoir les arrérages échus depuis la mort du donataire. Cette solution n'est pas acceptable car nous ne devons pas oublier que celui qui a vendu un immeuble moyennant une rente perpétuelle conserve cependant et le privilège et le droit de résolution.

Nous arrivons à l'étude de la dernière partie de l'article 747 : Les ascendants succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire. Nous retrouvons ici une nouvelle application du principe exposé dans le paragraphe suivant ; le retour successoral peut être exercé même en cas d'aliénation du bien donné lorsque

(1) Chabot, art. 747, n° 18.

Demolombe XIII, 525.

cette aliénation n'est pas définitive. La chose ne se retrouve plus en nature dans la succession du donataire, mais l'héritier peut avoir l'action en reprise qui lui permettra de faire rentrer cette chose dans la masse successorale. C'est alors le cas de rappeler la maxime romaine tirée de la loi 52 *de adquirendo rerum dominio* : « *rem in nostris bonis habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes, ad recuperandam eam actiones habemus.* »

Sous cette désignation d'actions en reprise notre Code embrasse un très grand nombre d'actions. C'est ainsi que sont considérées comme actions en reprises toutes celles qui tendent à la rescision d'une aliénation, soit pour vices de forme, incapacité, erreur, dol ou violence (articles 1199 à 1117, 1125, 1304). L'action en réméré dont parle l'article 1673 est encore une action en reprise et en effet lorsque le donataire a vendu l'immeuble donné en se réservant la faculté de rachat, et que le délai fixé pour ce rachat est expiré sans que le vendeur ait usé de cette faculté, la vente constitue alors une aliénation bien définitive et l'ascendant n'aura aucun droit de retour; mais si au contraire le donataire a usé de la faculté de rachat qu'il s'était réservée, la vente est considérée comme n'ayant jamais existée et l'immeuble fera retour à l'ascendant donateur en cas du prédécès du donataire. Qu'arrivera-t-il si le donataire est mort avant l'expiration du délai fixé pour la faculté de rachat? Dans ce cas l'ascendant pourra reprendre la chose donnée,

mais en restituant à l'acheteur et le prix et les accessoires.

Est encore action en reprise l'action en résolution soit pour défaut de paiement du prix, soit pour inaccomplissement des formes; de même *et a fortiori* l'action en revendication.

Il faut encore classer parmi les actions en reprise l'action qui, en cas de dissolution du mariage, est accordée à l'un des conjoints, soit sur les biens de la communauté, soit sur les biens personnels de l'autre. La femme peut avoir une action tendant à la restitution de sa dot, ou du moins à la reprise de sa dot (articles 1531, 1532, 1564, Code civil) ou au recouvrement de ses biens propres. Il est bien certain que par suite du prédécès du conjoint donataire; ces différentes actions en reprises passeront à l'ascendant donateur qui pourra ainsi les exercer à l'encontre soit du mari, soit de la communauté, car lorsque le donataire a fait cet apport du bien donné; il ne s'en est pas dessaisi; l'action en reprise tend tout simplement au recouvrement en nature de la chose elle-même (1).

Mais devons-nous donner la même solution au cas spécial où l'objet donné a été irrévocablement aliéné de sorte que sa restitution ne sera possible qu'en équivalents, car si nous maintenons l'affirmative, quelle réponse pourrions-nous faire à ceux qui soutiendront que

(1) Locré, législation civile X, p. 87,

l'ascendant va succéder ainsi à des choses autres que celles qu'il a données et que par conséquent il y a ici une sorte de représentation, une subrogation en vertu de laquelle le donateur succède à ces choses parce qu'elles représentent celles qu'il a autrefois données à son enfant. A première vue, il semble que nos adversaires ont raison puisque l'ascendant n'obtiendra pas par l'action en reprise les biens qu'il a donnés mais leur équivalent. Nous leur répondrons en établissant une distinction. Quand la donation a été faite soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, il est bien certain qu'elle a été faite en vue du versement des biens qui la composent soit dans les mains du mari, soit dans la caisse de la communauté. Cette donation peut donc être considérée comme consistant moins dans les biens eux-mêmes que dans la créance que leur versement va procurer à l'époux donataire contre le mari ou contre la communauté (1). S'il en est ainsi, si la donation consiste en une créance, en une action en reprise, il est bien naturel que l'ascendant peut l'exercer alors même qu'elle doit lui procurer des choses autres que celles qu'il a données. Car lorsque le donataire acquiert des choses qui par suite des conventions matrimoniales, doivent être de suite irrévocablement aliénées, nous pouvons dire qu'il acquiert non pas ces choses mais la créance ou une action en reprise soit contre la communauté soit contre son conjoint.

(1) Demante III, 58 *bis*.

Il n'en est plus de même et l'ascendant n'a pas le droit d'exercer son retour lorsque la donation est faite avant le contrat de mariage car dans ce cas la donation a pour objet non plus une créance mais une valeur quelconque : lorsque en se mariant le donataire met les biens donnés en communauté il les aliène d'une façon irrévocable.

Même solution, c'est-à-dire le droit de retour n'est pas possible, lorsque la donation ayant été faite par contrat de mariage, l'enfant donataire a déjà exercé l'action en reprise (puisque nous venons de voir que lorsque la donation est faite par contrat de mariage, l'objet de la donation consiste dans l'action en reprise des biens donnés) car cette action en reprise n'existe plus, ayant été anéantie par le paiement. Un arrêt de la Cour de Cassation vient à l'appui de cette solution en refusant l'exercice du retour légal au père qui a constitué une dot en argent à sa fille, lorsque celle-ci, par suite d'un jugement en séparation de biens, obtenu contre son mari, a exercé son action en reprise et a reçu un immeuble en paiement de sa dot.

Voici, du reste, l'énoncé de cet arrêt :
« Attendu que c'est par exception au droit
» commun que les ascendants donateurs sont
» autorisés par l'article 747 du Code civil à
» succéder aux choses données et que cette
» autorisation ne leur a été accordée que
» sous la condition que ces choses existeraient
» encore en nature à l'ouverture de la succession du donataire ; ou qu'il resterait dû à

» la même époque quelque partie du prix de
» l'aliénation qui en aurait été faite ou que
» le donataire à son décès aurait encore
» l'action en reprise à exercer. Et attendu
» qu'il a été reconnu et déclaré constant en
» fait par l'arrêt attaqué (Cour royale de
» Poitiers, le 10 janvier 1822) que, dans
» l'espèce, non seulement la chose donnée
» n'existait plus en nature dans la succession
» du donataire et qui ne restait due aucune
» partie de l'aliénation qui en avait été faite,
» mais même que l'action en reprise avait été
» exercée par la donataire, de son vivant.
» Attendu que dans cet état de choses, la
» Cour royale de Poitiers, loin d'avoir violé
» les dispositions de l'article 747, s'y est, au
» contraire, scrupuleusement conformée, en
» jugeant que le demandeur était mal fondé,
» dans son action aux fins de relâchement
» des objets qui se trouvaient exister dans la
» succession de la donataire comme provenant
» de l'action en reprise qu'elle avait exercée,
» en suite de la séparation de biens qu'elle
» avait fait prononcer contre son mari » (1).

Maleville, au contraire, enseignait dans son commentaire de l'article 747 que dans ce cas l'immeuble était le remplaçant de l'argent dotal et que par conséquent il y avait lieu au retour. Vazeille va même plus loin car il admet l'exercice du droit de retour même indépendamment de toute déclaration d'emploi dans toutes les circonstances ou des écrits établiraient clairement

(1) Cour de Cassation, 7 février 1827.

que ce sont les deniers de la donation qui ont payé l'acquisition, comme si le donateur avait la quittance du donataire.

Bien entendu, si le conjoint donataire n'a pas droit contre la communauté à la reprise des choses données parce que, par exemple, ils ont fait l'objet d'un ameublement sans réserve de l'action en reprise, l'ascendant donateur ne jouira pas du droit de retour lors du prédécès du donataire.

Remarquons encore que lorsque le retour est exercé dans la succession du mari, si les reprises de la femme absorbent tout l'actif de communauté de sorte qu'il ne peut plus y avoir lieu aux reprises en deniers du mari donataire, l'ascendant ne peut avoir plus de droit que n'aurait eu ce dernier (1).

Lorsque l'immeuble irrévocablement aliéné par l'enfant donataire lui est revenu ensuite comme l'ayant recueilli soit dans la succession de l'acquéreur, soit au moyen d'une donation que ce dernier lui en a faite, soit par suite d'une rétrocession, cet immeuble ne fera pas retour à l'ascendant. Cependant les auteurs sont très-divisés sur ce point. A l'appui de notre théorie nous invoquerons d'abord la jurisprudence et l'opinion générale des auteurs des pays de coutume (Lebrun en particulier) où comme de nos jours le retour était considéré comme un droit héréditaire. Nous ferons remarquer, en

(1) Chabot art. 747, 23.

Vazeilles, art. 747, 25 et 28.

Duranton VI, 242.

outre, que le donataire ne possède plus au même titre car l'aliénation a détruit tous les effets de la donation, la maxime : « *mutatione personæ, mutatur qualitas et conditio rei.* » Il ne suffit pas que les biens soient identiquement les mêmes, mais il faut bien encore qu'ils aient conservé la qualité de biens donnés. Or, ce n'est plus comme biens donnés qu'ils se retrouvent dans la succession du donataire. Les adversaires répondent de la manière suivante : Si la jurisprudence coutumière était dans ce sens, c'est parce que l'ascendant ne recouvrait les biens donnés que comme propres et l'aliénation leur faisait perdre ce caractère ; l'article 747 est conçu dans un sens bien différent et nous en donnerons cette preuve qu'il permet à l'ascendant de recueillir le prix encore dû et d'exercer l'action en reprise. Or, s'il peut reprendre le prix, pourquoi ne reprendrait-il pas l'objet lui-même ? Car la loi ne demande qu'une seule chose c'est que l'objet donné se retrouve en nature dans la succession du donataire, à n'importe quel titre. A cette objection Marcadé répond de la manière suivante : « Supposez, dit-il, et cette » supposition n'a rien d'impossible, que le bien » à moi donné par mon père et que j'ai vendu » à mon ami, ait été revendu par celui-ci à » mon aïeul, qui, ensuite me l'a donné. Cet aïeul » aura le droit de reprendre ce bien. Mais si mon » aïeul a déjà ce droit, comment mon père » l'aurait-il. » Nous laissons la difficulté de répondre à nos adversaires qui pensent que l'on ne doit pas se préoccuper des changements survenus dans les titres de propriété. Pour nous autres, partisans de la doctrine

contraire, la réponse n'est pas douteuse car il est bien certain que l'aïeul pourra seul user du retour, parce qu'il est seul donateur au moment du prédécès du donataire. Cette doctrine est enseignée par un grand nombre d'auteurs (1)

L'ascendant donateur succédera-t-il du moins à la chose que l'enfant aura acquise en échange de celle qui lui a été donnée. Nous ne le croyons pas, toujours pour cette même raison que la chose n'existe plus en nature dans la succession du donataire, condition essentielle à l'exercice du retour. La chose reçue en échange n'est plus la chose donnée; donc, celle-ci n'existe plus en nature. (Nous avons refusé d'admettre (page 177) que le droit de retour s'exerçait sur un immeuble acquis en emploi). La loi n'admet pas en faveur de l'ascendant la fiction qu'elle reconnaît dans les articles 1407 et 1559 du Code civil, fiction par laquelle un immeuble acquis à titre d'échange est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné. Pourtant, objectera-t-on, vous permettez bien à l'ascendant de succéder au prix encore dû et à l'action en reprise. Nous avons déjà dit que si l'ascendant succède au prix, c'est parce que ce prix, cette créance, grâce à l'action en résolution

(1) Marcadé, art. 747-6.

Chabot, art. 647-21.

Duvergier sur Toullier II, n° 233 note a.

Bravard-Veyrières: Etude du droit romain p. 284.

Demante III, 58 bis.

Mourlon II, p. 58.

Demolombe XIII, n° 536.

qui l'accompagne lui permettra de recouvrer la chose elle même (1). « Peu importe dit un jugement du Tribunal de Saint-Amand, que les objets reçus en échange des biens donnés ne soient nullement confondus dans les autres biens de la succession, et, qu'ils soient au contraire, parfaitement distincts et reconnaissables, il faut pour que le retour légal ait lieu que la chose donnée soit identiquement la même.... plus loin : Si l'ascendant succède au prix encore dû de la chose donnée, ce n'est pas en vertu d'une subrogation du prix à la chose, ce qui serait en contradiction avec la règle posée dans le premier alinéa de l'article 747, mais bien parce que cette créance du prix avec l'action en résolution qui l'accompagne a été considérée comme tendant au recouvrement de la chose elle même en nature (2) ». S'il restait dû au donataire prédécédé tout ou partie de la soulte stipulée à son profit dans le contrat d'échange, cette somme totale ou partielle ferait retour à l'ascendant.

Si l'ascendant donateur ne peut exercer son droit de retour sur les biens acquis en échange de ceux qu'il a donnés, ne succèdera-t-il pas du moins à ceux dont le donataire a acquis la propriété en se servant du prix de vente des biens donnés, lorsque l'acte d'acquisition contiendra l'origine des deniers et de l'emploi. Notre réponse est encore négative et elle est

(1) Belost Jolimont sur Chabot, art. 747, observ. 11 et 12.
Marcadé, art 747, V.

Laurent, : Droit civil, IX, 492.

(2) Tribunal de Saint-Amand, 16 mars 1877. D. 78, II, 25.

basée sur ce que l'ascendant n'exerce son retour que sur la chose donnée elle-même. Mais pourtant, n'y a-t-il pas une analogie bien frappante entre l'article 747 et l'article 132 du titre de l'absence, article ainsi conçu : « Si » l'absent reparaît ou si son existence est » prouvée, même après l'envoi définitif, il » recouvrera les biens dans l'état où il se trou- » veront, le prix de ceux qui auront été aliénés » ou les biens provenant de l'emploi qui aurait » été fait du prix de ses biens vendus. » Cette analogie n'est pas si frappante que certains veulent le dire, car d'après l'article 747 l'ascendant n'a pas droit au prix de la chose vendue à moins qu'il ne soit encore dû et il ne recueille pas les biens provenant de l'emploi du prix de vente puisqu'il ne recueille que les choses existant en nature dans la succession. Cette règle était déjà enseignée dans l'ancien droit : « Les ascendants ne sont pas présumés avoir » voulu faire une créance ni exiger le remploi » d'une pure libéralité... ce serait contrevenir » à la règle qu'il faut prendre les successions » dans l'état où elles se trouvent, car c'est ici » une vraie succession ».

Nous arrivons à l'examen d'une troisième et dernière question, sur laquelle nous devons nous étendre assez longuement, à cause de sa grande importance pratique. Il s'agit de savoir en effet lorsque l'ascendant a donné de l'argent ou des denrées, ou des créances, ou des actions quelconques si le retour sera possible et dans quels cas ?

Ce retour sera possible et la chose est indis-

cutable au cas où la chose donnée, c'est-à-dire l'argent, la créance se trouvera encore en nature dans la succession de l'enfant donataire ; ainsi par exemple : la créance, objet de la donation, n'a pas été payée.

Mais nous supposons une autre hypothèse : un ascendant donne une certaine somme d'argent à son enfant : ce dernier meurt avant le donateur et dans la succession se trouve une somme d'argent égale à celle qui lui fut donnée. Il s'agit de savoir si l'ascendant pourra dire aux héritiers du donataire : cette somme d'argent n'est autre que celle donnée par moi ; or, me trouvant dans les conditions imposées par l'article 747 pour l'exercice du droit de retour, j'invoque ce privilège et je demande la restitution de cette somme, ou du moins sa réversion. Beaucoup d'auteurs pensent qu'il doit en être ainsi, se basant sur la nature particulière de l'argent. Voici la définition de l'argent d'après Chabot : « L'argent est une » de ces choses qui consistent en poids, nombre ou mesure et que la loi appelle choses » fongibles, c'est-à-dire dont la nature est » telle que, d'une part, on ne peut s'en servir » sans les consommer, au moins civilement, » et que, d'autre part, elles peuvent être entièrement et parfaitement représentées par des » espèces du même poids, du même nombre » et de la même mesure. *Aliae aliarum vice* » *fonguntur* ; à leur égard, *tantundem est idem*, » et par conséquent, leur existence en nature » ne réside pas dans l'identité des pièces matérielles, mais dans l'équipollence d'autres espèces » pareilles du même genre. En d'autres termes,

» pour les choses fongibles, le genre tient lieu
» de l'espèce, et par conséquent, elles existent
» en nature, tant que leur genre tout entier
» existe, car c'est le genre qui les représente
» et qui les représente en nature ».

Partant de cette définition, un très grand nombre d'auteurs décident que l'ascendant qui a fait donation d'une somme d'argent à son fils, pourra, au prédécès de celui-ci, reprendre les espèces données, si la succession renferme une quantité égale ou plus forte de numéraire (1).

Nous croyons que cette doctrine est inadmissible et pour plusieurs raisons. Remarquons en premier lieu que la division des choses en choses fongibles et en choses non-fongibles, dérive avant tout, non pas de leur propre nature, mais de la volonté des parties qui les ont envisagées plutôt sous tel rapport que sous tel autre. De plus, ajoute le jurisconsulte Duranton, l'intention du législateur est que l'ascendant donateur ne reprenne la chose donnée qu'autant qu'elle est bien distincte des autres biens de la succession. Ainsi il n'a droit au prix de la chose aliénée que si ce prix est encore dû. Mais alors cet article

(1) Chabot, article 747, 21.

Malleville, II, 221.

Massé, Parfait notaire, III, p. 54.

Favard, section 3, par. 2, n° II.

Delaporte, Pandectes françaises, III, p. 73.

Delvincourt, II, p. 18.

Vazeille, article 747, 26.

Grenier, II, 598.

repousse la règle que l'argent remplace l'argent, car autrement, lorsque le prix d'aliénation de la chose donnée a été entièrement payé, l'ascendant pourrait reprendre une somme égale dans les espèces monétaires qui se trouvent dans la succession du donataire vendeur. Est-ce que d'ailleurs le numéraire présent dans la masse successorale du donataire ne peut pas provenir aussi bien de l'industrie ou du travail de ce dernier que la donation d'argent qui lui a été faite il y a un certain nombre d'années? A cause de cette grande difficulté de distinguer une chose fongible d'une autre de même espèce, on peut dire que ces choses sont consommées dès lors qu'elles sont mélangées avec d'autres. Duranton conteste avec raison, l'absolutisme de la règle énoncée par nos adversaires et qui leur fait dire que dans les choses fongibles l'espèce est toujours représentée par le genre; que l'espèce existe toujours en nature dans une autre espèce du même genre. Cela n'est vrai, dit-il (1) qu'à l'égard des débiteurs de quantités, comme sont les emprunteurs par prêt de consommation. Dans tout prêt de consommation, en effet, une chose remplace une autre de même espèce et de même qualité : mais il n'en est plus ainsi en matière de retour successoral et lorsque la loi nous dit, dans l'article 747 que les choses doivent se retrouver en nature, elle veut que les choses soient identiquement les mêmes que celles données et non pas d'autres de même espèce et de même qualité. Nous trou-

(1) Duranton, successions I, n° 236.

vons un autre exemple plus frappant dans l'article 1328 :

« Pour payer valablement, dit-il, il faut être
» propriétaire de la chose donnée en paiement
» et capable de l'aliéner. Néanmoins le paiement
» d'une somme en argent, ou autre chose qui
» se consomme par l'usage ne peut-être répété
» contre le créancier qui l'a consommé de
» bonne foi, quoique le paiement en ait été fait
» par celui qui n'en était pas propriétaire ou
» qui n'était pas capable de l'aliéner. »

Cet article ne détruit-il pas complètement la règle : le numéraire remplace toujours le numéraire. Si elle était exacte et applicable en dehors du prêt de consommation, les décisions de l'article 1328 seraient bien inutiles puisque on pourrait dire au créancier qui a réellement consommé l'argent payé : la chose qui vous a été payée existe encore en nature dans vos mains par cela seul qu'il en existe de même nature et de même qualité.

A l'appui de notre opinion nous pouvons encore citer le deuxième paragraphe de l'article 1250 ainsi que le droit romain dans plusieurs de ses lois (1).

Marcadé ne pense pas non plus que la règle de la fongibilité soit toujours vraie (2). Il ne reconnaît qu'un cas de cette fongibilité en matière de retour légal c'est lorsque la somme d'argent a été placée chez un banquier où

(1) Loi II par 2 et 19 par I. *de rebus creditis*.

Institutes, parag. 2, *quibus alienis licet vel non*.

(2) Marcadé, art. 747.

prêtée sur hypothèque ; et il a été entendu que le banquier ou l'emprunteur pourraient toujours se libérer en rendant des choses de même espèce et de même qualité. Alors cette somme rendue est censée être la même que celle qui a été livrée et qui venait de l'ascendant. Mais hors ce cas, celui-ci ne peut jamais invoquer la fongibilité. Si cependant la succession comprend une somme égale ou même supérieure à la somme d'argent ? — Y aura-t-il possibilité pour l'ascendant d'exercer le retour ? — Non, car l'ascendant ne doit reprendre que la chose même qu'il a donnée.

Les partisans de la théorie de la fongibilité de l'argent sont entraînés à des conséquences assez curieuses. Ainsi supposons que dans la succession de l'enfant qui a reçu en don une certaine somme d'argent, se trouvent des valeurs ou des effets de commerce. L'ascendant donateur pourra-t-il user de son droit de retour sur ces valeurs ? Oui, certainement d'après nos adversaires, car ces effets publics ne sont pas autre chose que la représentation de la somme donnée aux souscripteurs de ces effets publics. (1).

Après avoir ainsi donné quelques-unes des conséquences extrêmes de la fongibilité de l'argent, nous donnerons la formule de cette doctrine de la représentation du numéraire, par le numéraire, formule composée par Malleville

(1). Rouen 11 janvier 1816. Sirey 1816, II, 49.

Cassation 30 juin 1817. Sirey 1817, I, 313.

Lyon 24 avril 1871. Sirey 1872, I, 121.

et rapportée par Demolombe : Le retour successoral doit toujours avoir lieu, quelque soit la chose qui ait été donnée, meuble ou immeuble excepté seulement dans le cas où cette chose aurait péri dans la main du donataire, ou aurait été dissipée par lui sans emploi utile.

Nous devons remarquer que plusieurs défenseurs de la doctrine que nous venons de combattre, exigent de la part de l'ascendant qui veut exercer le retour légal sur le numéraire, sur les valeurs de la succession, la preuve de l'origine de ces valeurs, origine qui doit résider dans la donation faite au *de cujus*.

Mais pourquoi donc vouloir expliquer l'article 747 par la doctrine de la subrogation. Cette doctrine même présentée avec le tempérament que nous venons d'énoncer n'est pas applicable en matière de retour légal ; nous croyons l'avoir suffisamment démontré.

CHAPITRE VI

DES EFFETS DU RETOUR LÉGAL

En établissant dans le chapitre deuxième la véritable nature du droit de retour légal dans notre législation, nous en avons donné les effets principaux ; mais il y a certains effets que nous avons sciemment laissés de côté afin de les étudier plus facilement. Pour bien les comprendre, il était utile de les placer à la fin de cette étude, c'est-à-dire après avoir traité du retour légal à tous ses différents points de vue.

Les biens recueillis par l'ascendant donateur le sont à titre successif (chapitre II), et par conséquent comme propres, du moins lorsque ce dernier est marié sous le régime de communauté, il en résulte que si les père et mère ont donné conjointement à leur enfant un immeuble de communauté, si cet immeuble leur revient par droit de retour, il constituera désormais un propre (une moitié pour chacun) et ne reprendra pas son ancienne qualité de bien de communauté.

L'ascendant donateur, doit, comme tous les héritiers, contribuer à l'acquittement des legs et au paiement des dettes qui peuvent grever l'universalité de la succession. Il y contribuera à proportion de la valeur des biens qui lui feront

retour ; si ces derniers par exemple forment le tiers de la masse successorale, l'ascendant sera tenu du tiers des dettes et des charges. La loi ne le déclare pas formellement en matière de retour légal, mais nous devons appliquer par analogie l'article 351 du Code civil qui impose cette contribution à l'adoptant. Pourquoi cette contribution qui pèse sur l'adoptant n'incomberait-elle pas à l'ascendant donateur — ce serait une faveur accordée à ce dernier sans raison sérieuse, — il ne peut exister une telle différence entre l'adoptant et l'ascendant.

L'ascendant est-il tenu des dettes successorales *ultra vires* ou seulement *pro modo emolument*, à notre avis il contribuera à l'acquittement des dettes de succession *ultra vires* et non pas au simple *prorata* de son émolument : nous appuyons cette affirmation sur le raisonnement suivant : l'ascendant est tenu des dettes et des charges de la succession parce qu'il recueille une quote part de l'actif successoral, en un mot parce qu'il est héritier.

Etant héritier, il est obligé personnellement ; or, nous dit l'article 2092 : « Quiconque s'est obligé » personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. » L'ascendant qui est obligé personnellement au paiement de sa part de dettes est tenu *ultra vires* et sur tous ses biens.

La conclusion peut paraître dure, mais nous nous hâtons de faire remarquer que la loi procure à l'ascendant donateur un moyen facile

de ne payer les dettes que jusqu'à concurrence de son émolument : ce moyen consiste dans l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. C'était la décision généralement admise par les auteurs anciens, elle est aussi patronnée par les modernes. (1).

Un doute pourrait cependant s'élever dans un cas particulier ; lorsque la chose donnée constitue à elle seule tout l'actif de succession. En effet, la valeur du droit de l'ascendant est nettement fixée par l'acte de donation qui remplace l'inventaire. C'est possible, mais nous ne devons pas oublier ce que fait justement remarquer Dalloz, c'est que l'ascendant a été saisi comme héritier et que dès lors il représente le défunt *in universum jus* ; leurs biens ne sont pas confondus, mais leurs qualités personnelles le sont de droit. Remarquons encore que la seule présence d'un inventaire ne suffit pas pour libérer des dettes successorales celui qui ne s'est pas porté en outre, comme héritier bénéficiaire (2). Cette déclaration d'acceptation sous bénéfice d'inventaire doit être faite au greffe

(1) Lebrun, I ch. V, sect. 2, n° 67.

Chabot, art. 747, 15.

Merlin, Répertoire : sect. 2. par. 2.

Rousseau de Lacombe : Réversion, 1.

Favard, sect. 3, par. 2, n° 4.

Vazeille, art. 747, 6.

Mourlon, II, 55.

Demante, III, 50 *bis*.

Cassation 13 août 1851. Sirey 1851, I, 657.

(2) Dalloz, jurisprudence générale, tome 41, parag. 216.

du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession est ouverte ; elle est inscrite sur le registre destiné à recevoir les actes de renonciation aux successions. (Art. 793, C. Civ.)

Comme tout héritier légitime, l'ascendant donateur qui a exercé le retour légal, peut être poursuivi directement par les créanciers héréditaires. Mais ici se présente une question bien délicate à résoudre : Les créanciers héréditaires devront-ils attendre qu'une estimation des biens ait déterminé la part proportionnelle de l'ascendant donateur dans la contribution aux dettes — ou bien, au contraire — pourront-ils réclamer le paiement immédiat des dettes à chacun des co-héritiers, mais seulement dans la proportion de sa part virile ? — Un exemple fera mieux comprendre la question posée : Une personne meurt laissant deux héritiers ordinaires et un ascendant donateur. Il est bien certain que dans ce cas il y a impossibilité matérielle de connaître exactement la portion de dettes dont ces trois successeurs sont tenus ; car ils ne doivent payer que proportionnellement à ce qu'ils recueilleront dans l'actif successoral : et pour connaître cette part contributoire il est nécessaire de procéder à une liquidation dont il est impossible de connaître le terme, en attendant que cette opération soit terminée les créanciers héréditaires ont-ils le droit de dire aux héritiers : nous ne connaissons pas quel sera le montant de votre part dans le paiement des dettes, mais en attendant la fin de la liquidation,

payez-nous sur la base de votre part virile; puisque vous êtes trois, nous réclamons à chacun de vous un tiers des dettes, sauf le règlement qui interviendra plus tard et qui établira d'une façon certaine votre part contributoire.

Avant de répondre directement, jetons un léger coup d'œil sur la manière dont les choses se passaient dans l'ancien droit : Les coutumes ayant divisé les biens en un certain nombre de classes, avaient établi par là même des catégories correspondantes d'héritiers. Il y avait par exemple une succession aux acquêts, une succession aux propres paternels, une succession aux propres maternels; autant de successions distinctes, autant d'héritiers différents. La question qui nous occupe avait donc une importance bien plus grande. La liquidation de ces successions demandait un long espace de temps. On dut permettre aux créanciers d'exercer leur action dans l'intervalle, et comme la portion héréditaire de dettes était inconnue, on prenait comme base de poursuite la portion virile des héritiers. On réclamait à chacun une part égale pour tous, calculée sur le nombre des personnes appelées à succéder, *pro numero virorum*, de là le nom de portion virile. Mais bien entendu, lorsque la liquidation était terminée, lorsque la part contributoire de chacun était connue et vérifiée, celui dont la part héréditaire était inférieure à la part virile exerçait un recours contre celui dont il avait payé une partie des dettes. Ce système

de poursuite des créanciers était ainsi défini par Pothier :

« L'opinion commune est qu'en attendant,
» tous les différents héritiers sont tenus chacun
» pour leur portion virile, sauf à se faire
» raison du plus ou du moins, lorsque les
» portions ont été constatées par la ventila-
» tion (1). »

Les rédacteurs du Code n'ont pas conservé les différentes classes de biens établies par les coutumes. Il n'y a plus qu'une seule masse successorale qui se partage en fractions aliquotes entre tous les créanciers (articles 731, 732, 733 du Code civil). Chaque héritier n'est tenu que proportionnellement à la part héréditaire. Il ne faut donc plus distinguer la portion virile et la portion héréditaire, car cette distinction n'a plus sa raison d'être dans notre droit moderne qui ne distingue ni la nature ni l'origine des biens de succession. Cette distinction était rejetée, même dans l'ancien droit, lors que: « tous les héritiers étant » héritiers aux mêmes biens et la part que » chacun d'eux a dans les biens étant certaine, » la part que chacun d'eux doit apporter dans » les dettes, l'est aussi » (2).

La règle est donc que chaque héritier n'est tenu que proportionnellement à sa part héréditaire, l'article 1220 le dit en termes précis... « les héritiers ne sont tenus des dettes que pour les parts dont ils sont saisis. »

(1) Pothier, chap. V, art. 3, p. 2.

(2) Pothier, chap. V, art. 3, par. 2.

La distinction entre la contribution aux dettes et le droit de poursuite des créanciers a maintenant une importance bien moindre que sous l'ancien droit ; et pourtant l'application de cette antique distinction ne serait-elle pas la solution de la question que nous étudions en ce moment. Il s'agit de savoir quel est le droit des créanciers héréditaires avant la terminaison des opérations qui sont nécessaires en cas de retour légal, pour déterminer la part des héritiers ordinaires et de l'ascendant.

Plusieurs systèmes sont en présence :

Certains auteurs pensent que l'ascendant ne peut être poursuivi par les créanciers héréditaires, parce qu'il n'est qu'un successeur *in re singulari* ; seuls les héritiers universels supporteront tout le fardeau du passif ; le règlement de la part du premier ne se fera que lors de la délivrance et par voie de distraction (1).

D'autres auteurs pensent au contraire que les créanciers ne peuvent agir que lorsque le règlement de la part contributoire de chacun est complètement terminé, c'est-à-dire lorsque les parts héréditaires sont définitivement fixées (2).

Aucun de ces deux systèmes ne peut nous satisfaire : le premier en effet est inadmissible à cause de sa trop grande hardiesse ; le second

(1) Belost-Jolimont sur Chabot, art. 747, observ. 10.
Toullier, II, n° 554.

(2) Delvincourt, I, p. 18, 4.
Aubry et Rau, V, p. 397, 398.

sacrifie les créanciers héréditaires avec trop de sans-gêne. Pourquoi ne pas admettre, mais seulement à titre exceptionnel, la solution de l'ancien droit, la distinction entre la contribution et le droit de poursuite. Avant le règlement, les créanciers pourront poursuivre les héritiers en raison de leur part virile, mais après la liquidation, ceux-ci ne seront tenus que pour leur part héréditaire. L'origine de cette distinction était la diversité des biens dans les pays de coutumes ; mais nous ferons remarquer que dans le cas de retour, il y aussi plusieurs classes de biens les biens donnés, objet de la succession anormale, et les autres qui constituent la succession ordinaire : et en regard de ses successions différentes nous trouvons les héritiers ordinaires et l'héritier privilégié. Pourquoi ne pas admettre la solution coutumière, puisque nous nous trouvons dans une situation analogue à celle qui a fait admettre autrefois cette distinction entre le droit de poursuite et la contribution aux dettes.

Cette solution nous paraît beaucoup plus pratique que celles qui sont proposées : mais elle laisse à désirer dans son application. Voici en effet un cas particulier où elle ne sera pas en faveur de l'ascendant donateur. Cet ascendant exerce le retour légal sur une chose de peu de valeur qu'il a donnée à son enfant prédécédé, et voici que les créanciers héréditaires le poursuivent pour sa part contributoire dans les dettes de succession, c'est-à-dire pour sa part virile. Ainsi donc pour reprendre un objet d'une valeur de 10.000, il sera peut-être obligé

de payer 40.000 francs de dettes et il ne sera remboursé de ce qu'il aura payé en trop, que lorsque les parts héréditaires auront été fixées. Nous sommes forcés d'avouer que dans ce cas, la solution que nous proposons semble contraire aux intérêts de l'ascendant. Mais ce dernier peut prévoir cet inconvénient et il lui sera facile de l'éviter en provoquant sans retard une liquidation contradictoire avec les créanciers; mais si ces créanciers l'ont prévenu et ont commencé immédiatement l'exercice de leur droit de poursuite, alors dit Demolombe, l'ascendant devra demander un délai que le tribunal lui accordera facilement si les circonstances le permettent. Mais il faut qu'il n'y ait eu aucune négligence de sa part et que le résultat de la liquidation ne se fasse pas trop attendre.

Nous avons déjà fait remarquer qu'en sa qualité d'héritier légitime l'ascendant est tenu d'acquitter les legs, mais les legs seuls qui ont pour objet les biens de la donation, car si l'objet légué consiste en biens personnels, (et par biens personnels nous entendons tous les biens autres que ceux qui composent la succession anormale) les héritiers ordinaires seuls devront le supporter.

Qu'arrivera-t-il au cas où les immeubles donnés auront été hypothéqués par le donataire? Il nous paraît bien certain que l'ascendant donateur devra supporter la charge hypothécaire qui grève le bien donné soumis au droit de retour, mais nous croyons aussi qu'il aura une action récursoire contre les héritiers lorsqu'il aura payé au delà de sa part contributive. Mais

pourtant l'ascendant n'est-il pas tenu de prendre les biens donnés dans l'état où ils se trouvent dans la succession du donataire. Ce principe est vrai et nous le répèterons dans les pages qui vont suivre pour décider que l'ascendant doit supporter les servitudes établies par le défunt sur les biens donnés, mais comme le font très bien remarquer Aubry et Rau, il y a une bien grande différence entre l'établissement d'une servitude qui constitue un simple démembrement de propriété, une aliénation partielle de l'immeuble et une constitution d'hypothèque dont l'unique objet est d'offrir une sûreté spéciale au créancier, pour la garantie d'une dette qui n'en affecte pas moins et la personne et le patrimoine du débiteur. Donc, toujours d'après ces auteurs, la charge qui résulte de l'hypothèque doit être répartie sur tout le patrimoine ; le successeur universel qui a payé, comme détenteur du bien hypothéqué, l'intégralité de la dette hypothécaire, doit nécessairement avoir son recours tel que de droit, contre tous ceux qui viennent, à titre universel prendre part au patrimoine du défunt (1). Cette décision quoique bien logique, est cependant repoussée par Massé et Vergé qui pensent que l'ascendant n'a droit à aucune indemnité lorsqu'il a payé plus que sa part dans une dette hypothécaire, parce que, disent ces auteurs, l'ascendant peut toujours limiter son obligation en délaissant l'immeuble,

(1) Aubry et Rau, par. 640 *bis*, note 21.

Chabot sur art. 747, n° 45.

Delvincourt, II, p. 35.

Duranton, III, 322 et VI, 224.

Loiseau, traité des enfants naturels p. 635.

sans qu'il ait le droit de se plaindre, puisque le donataire qui pouvait aliéner l'immeuble, a pu, le grever d'hypothèques qui en absorbent complètement la valeur (1). Mais alors pourquoi cette indemnité est-elle accordée au légataire particulier d'un immeuble hypothéqué, l'ascendant doit être placé dans une situation au moins aussi avantageuse que ce légataire (2).

L'ascendant donateur doit supporter les servitudes établies sur les immeubles donnés, car il les reprend avec les charges dont ils sont grevés du chef du donataire (3). Toutefois la femme qui, d'après ses conventions matrimoniales a un droit d'usufruit sur les biens de son mari prédécédé, ne peut exercer ce droit sur les biens que le mari avait reçus de son père en contrat de mariage et qu'il ne possédait qu'à titre d'usufruitier. Dans ce cas, la femme ne peut prétendre que ces biens ont fait retour au père donateur, grevés de l'usufruit que son] mari lui avait promis en contrat de mariage (4).

L'ascendant ne reprend parfois qu'une part des biens qu'il a donnés à son enfant. Il doit en effet supporter la moins-value, sans aucune indemnité, alors même qu'elle proviendrait du

(1) Massé et Vergé II, p. 291.

(2) Marcadé art. 747, 7.

Duranton VI, 214.

Grenier, donations 263.

Demolombe XIII, 554.

(3) Laurent IX, n° 199.

Baudry-Lacantinerie II, 87, 4.

(4) Cassation 12 juin 1832, Sirey 1832, I, 755.

fait du donataire, par exemple elle serait causée par des dégradations ou des démolitions dont ce dernier aurait profité ; et en effet dès lors que le donataire a le droit de soustraire à l'exercice du droit de retour la valeur totale des biens donnés par une aliénation quelconque, il peut en soustraire une portion (1).

D'autre part, nous croyons avec de nombreux auteurs que l'ascendant ne peut profiter, sans payer d'indemnité, des améliorations et des augmentations, c'est-à-dire de la plus-value que le donataire a procurée aux immeubles donnés. Il est bien admissible que l'ascendant recueille moins qu'il a donné, mais l'article 747 lui défend de reprendre davantage puisqu'il succède aux choses qu'il a données. L'ascendant doit donc rembourser aux héritiers le montant des dépenses nécessaires faites par le donataire sur les biens données, ainsi que la valeur des impenses utiles, du moins jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont procurée aux immeubles soumis au retour légal (2).

(1) Delvincourt II, p. 35.

Toullier IV, 232.

Aubry et Rau, page 720, par 640 *bis*.

Laurent IX, 200.

Demolombe XIII, 557.

(2) Vazeille, art. 747. 21.

Chabot, art. 647. 25.

Duranton III, 322.

Marcadé, art. 748. 7.'

Aubry et Rau par 648 *bis*.

Laurent IX, 199,

L'ascendant a droit aux récoltes pendantes sur les biens donnés, moyennant une récompense aux héritiers pour les frais de culture et de semence.

Nous avons réservé pour la fin de cette étude l'examen d'une question très controversée de tout temps et surtout de nos jours. Nous voulons parler de la réserve en matière de retour successoral. La question à résoudre peut-être posée dans les termes suivants : « L'ascendant donateur qui exerce le retour légal, a-t-il droit à une réserve, et s'il y a droit, comment faut-il combiner les principes de la réserve et de la quotité disponible avec les principes de cette succession exceptionnelle ? »

Nous savons déjà en quoi consiste la succession anormale, voyons ce qu'on entend par réserve. La réserve d'après Aubry et Rau, est le droit héréditaire des parents en ligne directe en tant qu'il est garanti jusqu'à concurrence d'une certaine quotité de biens, contre les dispositions entre vifs ou testamentaires de la personne à laquelle ils sont appelés par la loi (1). Sans nous attarder à distinguer les différentes parties de cette définition, cherchons de suite quelles sont les personnes qui ont un droit de réserve reconnu par la loi. Le nombre de ces personnes privilégiées est relativement restreint ; les parents en ligne directe sont les seuls héritiers privilégiés ; une personne peut donc épuiser la totalité de son patrimoine en

(1) Aubry et Rau VII, par. 679.

donations quelconques lorsque ses plus proches parents ne sont que des collatéraux.

La loi ne cite comme héritiers réservataires que les ascendants et les descendants ; il faut ajouter les enfants adoptifs et les enfants naturels et nous aurons ainsi la liste complète de tous ceux qui ont un droit de réserve. L'étude du droit de réserve, de sa nature, de ses effets, serait déplacée dans ce travail ; nous devons nous contenter de dire un mot succinct de la réserve des ascendants qui nous intéresse.

« Les libéralités par actes entre vifs ou par testament ne pourront excéder la moitié des biens si
» à défaut d'enfants, le défunt laisse un ou plusieurs
» ascendants dans chacune des lignes paternelle et
» maternelle, et les trois quarts, s'il ne laisse
» d'ascendants que dans une ligne. Les biens ainsi
» réservés aux ascendants seront par eux recueillis
» dans l'ordre où la loi les appelle à succéder ; ils
» auront seuls droit à cette réserve dans les cas
» ou un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité à laquelle
» elle est fixée. » Contrairement à ce qui a lieu pour la réserve des descendants, l'article 915, que nous venons de reproduire, ne prend pas en considération le nombre plus ou moins grand des héritiers, car elle prend pour base de la réserve des ascendants, leur division en deux lignes, ligne paternelle et ligne maternelle.

Chaque ligne a donc une réserve propre, réserve invariable quelque soit le nombre des ascendants qui la composent. Si la ligne paternelle par exemple, n'est pas représentée, la part de réserve qui lui est attribuée ne passe jamais par accroisse-

ment à la ligne maternelle ; il n'a aucune dévolution d'une ligne à une autre en matière de réserve (1).

L'ascendant donateur a-t-il droit à une réserve sur les biens donnés ?

Le principe de la réserve était inconnu dans les pays de droit écrit, du moins en matière de succession anormale, car les biens donnés revenaient à l'ascendant donateur par suite d'une condition résolutoire. La législation coutumière au contraire avait accordé un droit de réserve sur les biens donnés en faveur de l'ascendant donateur.

Nous croyons que sous l'empire du Code l'ascendant n'a pas un droit de réserve sur les biens qu'il a donnés à son enfant ; nous appuyons notre décision sur les raisons suivantes : n'est-il pas bien clair que cet article 915 qui établit la réserve des ascendants ne vise que la succession ordinaire, la succession dans laquelle on rencontre des ascendants divisés en deux lignes : ligne paternelle et ligne maternelle. Cet article vise encore une succession dans laquelle l'ascendant peut se trouver en concours avec des collatéraux. Il ne s'occupe donc pas de la succession anormale dont l'ascendant est le seul héritier ; aucun autre ascendant et surtout aucun collatéral ne peut venir en concours avec lui pour la distribution des biens donnés. Comme deuxième argument, nous pouvons ajouter ceci : parmi les conditions imposées

(1) Marcadé, art. 747, n° 540.

Vernet : quotité disponible : p. 381.

par la loi pour l'exercice du retour successoral, se trouve : l'existence en nature des biens donnés ; ou bien il faut encore, que le prix de leur aliénation soit encore dû ou que l'action en reprise soit possible. Que signifient ces conditions si ce n'est que l'ascendant donateur doit respecter les dispositions entre vifs ou testamentaires de l'enfant donataire. La succession anormale est donc exclusive de tout droit de réserve (1), car d'une part les biens qui sont soumis à ce privilège sont pour ainsi dire frappés d'indisponibilité entre les mains de leur propriétaire, et d'autre part les biens soumis au droit de retour légal peuvent être aliénés par le donataire ; ils ne sont donc pas immobilisés comme biens de réserve en faveur de l'ascendant donateur.

L'article 915 ne s'occupe donc que de la succession ordinaire, or, les biens donnés ne font pas partie de cette succession, donc ils ne sont pas soumis à un droit de réserve en faveur du donateur (2).

Ce premier point étant élucidé nous pouvons aborder un sujet beaucoup plus complexe et aussi délicat, qui a donné naissance à des discussions très-vives entre les auteurs. Les biens donnés doivent-ils entrer dans la masse sur laquelle se calculent la réserve et la quotité disponible ? telle est la question à résoudre.

(1) Douai, 6 mai 1879. S. 1880, 2, 1.

(2) Troplong II, 816.

Demante IV, 50 bis.

Demolombe XIX, 125.

Cette matière du calcul de la réserve est difficile en cas de retour légal car trois sortes de droits également certains et respectables se trouvent alors en présence, selon la remarque de Demolombe ; le droit de l'ascendant donateur fondé sur l'article 747 ; le droit de réserve des ascendants héritiers de la succession ordinaire, fondé sur l'article 915 et en troisième lieu le droit des donataires entre vifs et des légataires, fondé sur les articles 915 et 922. Cette question est tellement grave et tellement difficile que le jurisconsulte Duranton n'a pas craint de la déclarer insoluble. Nous croyons cependant que cette solution existe et qu'elle a sa source dans le principe suivant : l'existence de deux successions distinctes en cas de retour légal. Nous avons établi plus haut cette dualité mais nous croyons utile de la formuler à nouveau car elle sera la base de notre argumentation : à la mort du donataire, l'*universum jus* se divise en deux successions bien distinctes, n'ayant ni les mêmes biens, ni les mêmes héritiers, ni les mêmes règles de dévolution. Ces deux successions sont la succession anormale composée de tous les biens donnés et la succession ordinaire qui comprend le surplus : la première appartient à l'ascendant donateur, seul la seconde, se divise entre les héritiers ordinaires du défunt.

Si le donataire est mort laissant pour seuls héritiers l'ascendant donateur et un frère, le premier reprend les biens qu'il a donnés autrefois et le frère le surplus. Le donataire a dissipé sa fortune, mais les biens donnés ont

échappé à ses prodigalités, qu'arrivera-t-il ? L'ascendant exercera le retour légal et le frère ne recueillera rien. Pourquoi n'en serait-il plus de même lorsque l'ascendant sera en concours avec un héritier réservataire ; car si la réserve comprend cette portion du patrimoine dont le *de cujus* ne peut disposer et si la quotité disponible est composée du surplus, nous devons remarquer que ces deux portions forment un seul tout, la succession ordinaire : la réserve ne peut pas porter sur les biens donnés qui ne font pas partie de cette succession ordinaire.

D'autre part, l'article 715 déclare formellement que quelques héritiers seuls peuvent avoir un droit de réserve ; il faut donc être héritier avant d'être réservataire : or, qui donc est héritier des biens donnés au *de cujus*, si ce n'est le donateur seul à l'exclusion de tous autres, dès lors les autres ne peuvent avoir le moindre droit de réserve sur ces biens dont ils ne sont pas héritiers.

Nos adversaires nous mettront en face de l'article 922 : « La réduction se détermine en » formant une masse de tous les biens existants au décès du donateur ou du testateur. » On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé ». Mais cet article ne parle que des biens qui existeront au jour du décès dans la succession qui doit la réserve, c'est-à-dire dans la succession ordinaire ; mais les biens donnés ne font partie que de la succession anormale.

Notre conclusion est celle-ci : les biens donnés ne font pas partie de la masse sur laquelle doivent se calculer la réserve et la quotité disponible.

Voyons l'application de cette théorie :

Première hypothèse. — L'ascendant donateur appelé à la succession anormale n'est pas héritier de la succession ordinaire. Une personne meurt, laissant comme héritier un aïeul donateur et son père et sa mère comme héritiers ordinaires. La succession comprend un immeuble donné, estimé 20.000 francs et d'autre part 20.000 francs de biens personnels ; ces derniers sont légués à une tierce personne. D'après notre système, voici comment se fera la liquidation de cette succession. L'immeuble donné retournera à l'ascendant donateur qui se trouve dans les conditions exigées par l'article 747, pour exercer le droit de retour. Trois personnes restent en présence pour se partager les biens personnels du *de cuius*, biens estimés 20.000 francs : ces personnes sont le père et la mère comme héritiers réservataires et le légataire universel. Quel est le montant de la réserve du père et de la mère, il est de 10.000 francs, c'est-à-dire de la moitié, d'après l'article 915, puisqu'il y a un ascendant dans chaque ligne. Le legs sera donc réduit d'une moitié, car il est du double de la quotité disponible, celle-ci étant de 10.000 francs. En résumé, le père et la mère prendront chacun leur part réservataire, c'est-à-dire 5.000 francs, total, 10.000 francs ; et le légataire aura droit aux 10.000 francs restants. Ce système que nous adoptons, quoique logique et facile dans ses applications est repoussé par un grand nombre d'auteurs. Aubry et Rau en particulier estiment que dans l'hypothèse qui nous occupe, on ne doit pas se préoccuper de la division de la

masse successorale en deux successions distinctes. D'après eux, la réserve doit être calculée sur tous les biens laissés par le *de cujus*, parce que celui-ci pouvait disposer de tout ce qu'il possédait. Exclure du calcul de la réserve la valeur des biens donnés, c'est restreindre au détriment des légataires le droit de disposition que possédait le défunt. Comment admettre, disent-ils, que ce droit du donataire soit plus ou moins étendu, selon qu'il s'exerce sur tels ou tels biens. Dans l'hypothèse rapportée plus haut, le calcul se fera donc sur la somme de 40.000 francs qui représente la valeur de tous les biens laissés par le donataire. La quotité disponible est de 20.000 francs, donc, le legs de pareille quantité est valable. Mais alors comment concilier les droits de l'aïeul donateur avec ceux du père et de la mère héritiers réservataires. Nous n'avons plus dans la succession qu'une valeur de 20.000 francs, ou du moins un immeuble de 20.000 francs qui a été donné par l'aïeul ; celui-ci va exercer son droit de retour légal, puisque le bien donné se retrouve en nature dans la succession du donataire prédécédé sans postérité. Mais les père et mère vont s'opposer à ce prélèvement, car ils ont droit à une réserve, réserve estimée 20.000 francs dans cette hypothèse. Le montant de leurs droits égale le montant du droit de l'ascendant donateur. Voici donc un conflit bien difficile à résoudre. Peut-on favoriser l'un plutôt que les autres ? La loi ne le permet pas. Voici la manière dont ces auteurs résolvent la difficulté. La quotité disponible, disent-ils, doit bien se calculer sur

la masse totale des biens, c'est-à-dire dans notre cas, sur une estimation de 40.000 francs, mais la réserve ne se calcule que sur les biens de la succession ordinaire, c'est-à-dire sur 20.000 francs. Mais alors le légataire subira d'une part une diminution de 10.000 francs, puisque la réserve calculée sur 20.000 francs est de 10.000 francs, et d'autre part, il doit toucher 20.000 francs, parce que la quotité disponible calculée sur tous les biens, sur 40.000 francs est de 20.000 francs. Les 10.000 fr. nécessaires au légataire seront retranchés de la part héréditaire de l'ascendant, c'est-à-dire des 20.000 francs, de l'immeuble donné, parce que l'ascendant doit contribuer aux charges de la succession au prorata de la valeur des biens qui lui font retour.

Nous allons montrer de suite combien cette manière de calculer la réserve et la quotité disponible est contraire à la volonté de la loi.

Nous redirons d'abord que l'article 922, qui déclare que ce calcul doit se faire sur la masse des biens existants au décès du donataire, ne vise que les biens de la succession qui doit la réserve, or, cette succession est la succession ordinaire seule et non pas la succession anormale composée des biens donnés. L'ascendant, dit-on, doit supporter les charges successorales et contribuer par conséquent à l'acquittement du legs, c'est-à-dire de la quotité disponible. La chose est vraie en principe, mais l'ascendant ne supporte que les charges qui pèsent sur la succession anormale dont il est l'héritier; dès lors que le legs ne com-

prend pas les biens de cette succession, il est à la charge des héritiers ordinaires.

Remarquons en outre que la réserve et la quotité disponible sont deux termes corrélatifs et doivent être déterminés par une même opération; et nos adversaires se servent de deux calculs distincts, selon qu'il s'agisse de la réserve ou de la quotité disponible; l'article 922 exclut formellement cette distinction (1).

D'autres auteurs (2) admettent la même base de calcul que Aubry et Rau; c'est-à-dire la quotité disponible est calculée sur une masse composée de tous les biens laissés par le mourant, mais ils arrivent à des résultats bien différents que ceux du système précédent. Ainsi, si nous conservons les mêmes personnes et les mêmes chiffres, le légataire ne subira aucune réduction et prendra les biens personnels du *de cujus*, estimés 20.000 francs; l'ascendant reprendra de son côté l'immeuble valant 20.000 francs, qu'il a donné à son petit-fils. Mais alors les père et mère du défunt ne recueilleront rien; non. Telle est la conclusion admise par Vernet, le défenseur de ce système. Nous nous contenterons de rappeler que l'arti-

(1) Chabot, art. 747, 17.

Vazeille, art. 747, 20.

Marcadé, art. 747, 9 et 11.

Troplong, II, 952.

Coin-Celisle, art. 922.

Massé-Vergé, III, p. 138.

Demolombe, XIX, 130.

(2) Bézy. Revue de droit français, IV, p. 486.

cle 915 établit un droit de réserve en faveur des ascendants.

Nous pensons donc que ce calcul ne doit pas se faire sur une masse composée des biens ordinaires et des biens donnés, mais seulement sur le total des biens personnels du *de cujus* lorsque les biens donnés existent encore en nature dans la succession.

Nous venons d'examiner comment les choses devaient se passer lorsque les biens donnés se retrouvaient en nature dans la succession du donataire.

Devrons-nous faire de la même façon le calcul de la réserve et de la quotité disponible lorsque l'enfant a donné les biens qu'il avait reçus de son ascendant. Non, le calcul sera fait autrement; nous croyons en effet que dans ce cas pour connaître le montant de la réserve et de la quotité disponible, il faudra réunir à la masse des biens existants, les biens donnés par l'ascendant et aliénés par le donataire. Remarquons en effet que l'article 922 ne rencontre une exception dans l'article 747 que dans le cas de présence en nature des biens donnés; mais dès lors que ces derniers ont été aliénés, il n'y a plus de droit de retour, il ne peut plus être question de l'article 747 et par conséquent l'article 922 reçoit son application entière. L'aliénation des biens donnés, en effet, éteint le droit de retour au même titre que le prédécès de l'ascendant donateur.

Il est bien inutile de faire une distinction quelconque entre le cas où le donataire aura disposé par donation entre vifs des biens qui lui ont

été donnés et le cas où il en aura fait l'objet d'un legs. Nous avons déjà fait remarquer qu'il est inexact de dire que les biens légués existent en nature dans la succession du testateur ; car cette présence en nature n'est pas conforme à celle qui est exigée par l'article 747. Les biens légués ne font pas plus partie de la succession que les biens donnés entre vifs.

Jusqu'ici nous avons toujours envisagé l'hypothèse où le donataire a disposé, *in specie* des biens qui lui avaient été donnés, aucune difficulté ne peut s'élever sur l'objet de cette disposition. Mais ce n'est pas une raison pour conclure que l'enfant n'a pas voulu aliéner les biens donnés lorsque la disposition n'aura pas porté *in specie*, sur ces biens considérés comme corps certain. Lorsque l'enfant donataire aura fait une disposition soit universelle ou à titre universel soit de quantités, nous croyons que les biens donnés devront en être l'objet au même titre que les biens ordinaires. Ainsi, lorsque le testateur aura légué tous ses biens, ce legs comprend certainement dans son universalité tous les biens de la succession ordinaire et tout ceux de la succession anormale ; n'en est-il pas de même lorsque le donataire aura légué tout ce dont la loi lui permet de disposer.

Quel sera l'objet d'un legs de quantités. Ainsi, par exemple, l'enfant donataire a légué une somme de 100.000 francs. La solution est bien simple ; rappelons-nous en effet que l'ascendant donateur qui exerce le droit du retour successoral doit comme héritier contribuer au paiement des dettes de la succession du dona-

taire, pour une part proportionnelle, sur les biens donnés.

Et, remarque Demolombe, puisque les biens donnés dont le *de cujus* a disposé, sont compris dans la masse des biens ordinaires sur laquelle se calcule la quotité disponible, il s'ensuit que le montant de la contribution dont les biens donnés sont tenus dans les legs et dans les dettes, diminue la succession anormale pour augmenter la succession ordinaire.

Deuxième hypothèse. — L'ascendant donateur est appelé à la succession ordinaire soit seul, soit avec d'autres héritiers. 1° Un ascendant donateur est seul héritier de son enfant donataire prédécédé sans postérité. La succession comprend un immeuble de 10.000 francs donné par l'ascendant, et d'autres biens valant 20.000 francs légués à un cousin du *de cujus*. L'ascendant reprend l'immeuble qu'il a donné et il a droit en outre à un quart des autres biens comme héritier réservataire. Le légataire subira donc une diminution d'un quart.

En décidant ainsi nous ne violons pas la règle que l'héritier doit imputer sur sa réserve ce qu'il recueille à titre héréditaire, car cette règle ne vise que la succession ordinaire seule.

2° L'ascendant donateur se trouve en concours avec un héritier, par exemple avec la mère du donataire. La liquidation est bien simple : le donateur reprend les biens donnés et il exerce au même titre que la mère, les droits que lui confère la qualité d'héritier réservataire.

Loi du 19 mars 1891

Le conjoint survivant ne peut pas exercer le droit d'usufruit qui lui est accordé par la loi du 9 mars 1891, de manière à préjudicier au droit de retour. L'ascendant donateur reprendra donc la pleine propriété des biens donnés affranchis de l'usufruit attribué au conjoint. Cette solution se fut imposée même en cas de silence de la loi, car dès l'instant du décès du donataire les biens grevés du droit de retour rentrent dans le patrimoine du disposant, *ipso facto*.

Mais ne faut-il pas, pour connaître le montant de l'usufruit du conjoint, tenir compte de la valeur des biens soumis au droit de retour. Nous rappelant que lorsqu'il y a un droit de retour il y a deux successions distinctes, nous répondrons que les biens repris par le donateur ne doivent pas être compris dans la masse pour fixer le montant de l'usufruit conféré au conjoint, de même qu'on en fait abstraction lorsqu'il s'agit de déterminer la quotité disponible.

APPENDICE

COMPARAISON SOMMAIRE DU RETOUR CONVENTIONNEL ET DU RETOUR LÉGAL

Qu'est-ce que le retour conventionnel ?

Le retour conventionnel est un droit grâce auquel un donateur qui ne veut pas livrer aux caprices du donataire le sort de l'objet donné, peut reprendre les biens qu'il a donnés, francs et quittes de toutes charges, lors de la mort du donataire.

Il suffit pour cela que le donateur stipule le retour conventionnel. « Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul. » (art. 951 C. Civil).

Contrairement au retour légal, le retour conventionnel constitue une condition résolutoire. De cette différence résultent les conséquences suivantes :

1. Le donateur a le droit de renoncer au retour conventionnel et de le céder.

L'ascendant donateur ne peut renoncer au droit de retour ni le céder (art, 791, 430, 1.600).

2. Pour exercer le droit de retour successoral l'ascendant doit avoir l'aptitude d'un héritier. (art. 725, 726).

Le donateur n'a pas besoin de cette aptitude car il n'est pas un successeur.

3. L'ascendant donateur n'a aucun droit sur les biens aliénés par le donataire.

Le donateur qui a stipulé le droit de retour conventionnel peut reprendre les biens donnés, même entre les mains des tiers acquéreurs.

4. L'ascendant supporte les servitudes et les hypothèques consenties par le donataire sur les biens donnés.

Le donateur reprend les biens francs et quittes de toutes charges.

5. L'ascendant donateur n'a droit à aucune indemnité si les biens donnés ont péri par le fait ou par la faute du donataire.

Le donataire qui a stipulé le retour conventionnel a droit à une indemnité.

6. Le droit de retour légal s'ouvre au profit de l'ascendant par les mêmes causes que toute succession au profit d'un héritier.

L'article 951 permet au donateur de stipuler le retour conventionnel, même pour le cas où il survivrait à la postérité du donataire.

7. L'ascendant contribue au paiement des dettes de la succession pour une part proportionnelle à la valeur des biens qui lui font retour.

Le donateur qui a stipulé le retour conventionnel n'est pas soumis à cette contribution.

Malgré ces grandes différences, les deux théories du retour légal et du retour conventionnel se complètent et sont nécessaires l'une à l'autre; tous deux aboutissent au même résultat : la conservation des biens dans le patrimoine qui les a fournis.

Tous deux sont un encouragement aux donations et contiennent une sauvegarde pour les donateurs.

Le retour légal ménage à la fois la tendresse de l'ascendant et son intérêt, le retour conventionnel procure à un donateur le moyen d'empêcher que les biens donnés ne s'égarent en des mains étrangères.

Tous deux exceptionnels, l'un aux règles ordinaires des successions, l'autre à l'irrévocabilité des donations, le retour légal et le retour conventionnel marchent tous deux au même but et réalisent les mêmes effets dans des conditions diamétralement opposées.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. Le simple échange des consentements ne suffit par pour accomplir le mariage.
- II. *L'infantia* en droit classique durait jusqu'à l'âge de sept ans.
- III. Dans la vente pure et simple d'un corps certain, la question des risques est gouvernée par la règle « *Res perit creditori* » et non par la maxime « *Res perit domino* ».
- IV. En dehors des trois cas prévus, la femme ne peut renoncer au bénéfice du Sénatus consulte Velléien.

DROIT FRANÇAIS

- I. La reconnaissance d'un enfant naturel faite dans un testament authentique, subsiste malgré la révocation du testament.
- II. L'héritier qui a laissé se prescrire son droit d'option ne peut plus renoncer à la succession.
- III. L'héritier renonçant ne doit pas être compté pour le calcul de la réserve.
- IV. La séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilège.

DROIT MARITIME

- I. L'affrètement constitue le plus souvent un pur contrat de transport.
- II. C'est en vertu du contrat d'affrètement que le capitaine est obligé de louer un autre navire, en cas de perte ou d'innavigabilité du premier.
- III. Pour qu'il y ait avarie commune, il suffit que le sacrifice fait par le capitaine ait eu pour but l'intérêt commun.

DROIT PÉNAL

- I. Dans le calcul de la peine, l'aggravation pour cause de récidive, doit précéder l'atténuation pour cause de circonstances atténuantes.

Vu,

Le Professeur, Président de la Thèse,

Vu,

CAREL.

Le Doyen de la Faculté,

Edmond WILLEY.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Caen,

E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

CHAPITRE I. —	Historique de la dot.....	9
CHAPITRE II. —	Caractère de la dot à Rome.....	13
	Du divorce et de la restitution de de la dot.....	18
CHAPITRE III. —	Constitution de la dot.....	21
	Caractères.....	21
	Formes.. ..	22
CHAPITRE IV. —	Des différentes personnes qui peuvent constituer une dot.....	30
CHAPITRE V. —	Des diverses especes de dot.....	34
	De la dot profectice.....	35
CHAPITRE VI. —	Des choses qui peuvent être cons- tituées en dot.....	41
CHAPITRE VII. —	Condition de la dot pendant le mariage.....	47
	Droits du mari.....	47
	Inaliénabilité du fonds dotal.....	53
	Réformes de Justinien.....	58
	Droits de la femme.....	59
CHAPITRE VIII. —	Restitution de la dot.....	60
	1. Restitution anticipée.....	60
	2. Restitution après la dissolution du mariage.....	65
	3. Retour de la dot profectice.....	67
	4. Choses qui doivent être restituées.	70
	5. Des rétentions.....	72
	<i>Lex Mœnia de dote</i>	72
	Rétention sur la dot profectice...	81
	6. Actions en restitution de sa dot....	84
	7. Nature originelle de l'action <i>rei</i> <i>uxoriæ</i>	86
	8. Garanties accordées à la femme pour la restitution de dot.....	93
	9. Innovations de Justinien.....	95
	10. Rapport de la dot	99

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I. — Historique.....	107
Pays de droit écrit.....	107
Pays de droit coutumier.....	112
Droit intermédiaire.....	120
Code Napoléon.....	121
CHAPITRE II. — Nature du droit de retour.....	124
Succession ordinaire et succession anormale	129
L'ascendant est appelé à la suc- cession anormale seule.....	129
L'ascendant est appelé aux deux successions	131
CHAPITRE III. — Personnes qui peuvent exercer le droit de retour.....	135
Ascendant légitime.....	135
Ascendant naturel.....	136
Ascendant donateur.....	142
Dot constituée par deux conjoints.	143
CHAPITRE IV. — Conditions d'exercice.....	146
Survie de l'ascendant.....	146
Absence de postérité du donataire.	148
Enfants légitimes.....	149
Enfants adoptifs.....	154
Enfants naturels.....	156
CHAPITRE V. — Objet du retour.....	164
Choses données.....	164
Existence en nature.....	166
Aliénations	167
Prix encore dû.....	170
Actions en reprises.....	173

	Nouvelle acquisition du bien donné	179
	Chose acquise en échange.....	181
	Donation d'argent.....	183
CHAPITRE VI. —	Effets du retour.	190
	Contribution aux dettes.....	191
	Action des créanciers héréditaires	193
	Hypothèque des biens donnés.....	198
	Moins-value.....	200
	Améliorations.....	201
	Réserve	202
	Loi du 9 mars 1891	215
APPENDICE. —	Comparaison sommaire du retour conventionnel et du retour légal	216

DOUAI, IMP. DELATTRE & GOULOIS, RUE DU PALAIS, 38 & 40
